I CONTRATTI SPECIALI

LEZIONI DI DIRITTO ROMANO

RACCOLTE

dall'Avv. FILIPPO VIAFORA

nella R. Università di Napoli

ANNO 1898-1899

La stipulazione. — La *dictio dotis*. — Lo *iusiurandum liberti*. — I contratti letterali. — Il mutuo. — Il comodato. — Il precario. — Il deposito. — La compra-vendita.

NAPOLI
VINCENZO CAVALIERE, Libraio-Editore
R. Università
1899

I
CONTRATTI SPECIALI

LEZIONI DI DIRITTO ROMANO

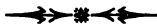
RACCOLTE

dall'Avv. FILIPPO VIAFORA

nella R. Università di Napoli

ANNO 1898-1899

NAPOLI
VINCENZO CAVALIERE, Libraio-Editore
R. Università
1899

INTRODUZIONE

Lo studio di tutta la serie dei contratti speciali ammessi in diritto romano ha grandissima importanza, scientifica non solo, ma anche pratica, e ciò per le numerose derivazioni che ne ha tratto il diritto attuale.

L'ordinamento della trattazione può essere diverso secondo che si voglia seguire il criterio storico romano o piuttosto quello sistematico moderno, oppure — come fanno molti fra i più recenti scrittori — se si preferisca adottare come base di una distinzione lo scopo economico a cui tende il contratto.

A noi interessa scegliere un metodo che risponda ai concetti romani. Seguendo quindi l'ordine delle Istituzioni, farò dapprima l'esposizione delle quattro categorie di contratti fondate su le diverse cause civili di obbligazione. In seguito esaminerò tutti quei contratti che non rientrano decisamente in nessuna delle categorie suddette, fermandomi particolarmente su le nude convenzioni e su quelle che producono azioni eccezionali.

Intorno ai contratti speciali si possono consultare con profitto i seguenti libri:

GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* — 2me éd. — Paris, Rousseau 1898.

MAYNZ, *Cours de droit romain* - 4me éd. — Bruxelles 1876 — Vol. II.

WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* — Torino, Un. Tip. Editrice — Vol. II parte 2.ª

ARNDTS-SERAFINI, *Trattato delle Pandette* — 3ª ed. italiana — Bologna 1880 — Vol. II.

SCHUPFER, *Diritto delle obbligazioni.*

MOLITOR, *Droit des obligations.*

Classificazione generale dei contratti

La classificazione fondamentale dei contratti, quale si ricava dalle fonti, ha origine — come si è più sopra accennato — dalle diverse cause civili di obbligazione. Essa è la seguente:

a) Contratti *formali*, che si distinguono a loro volta in *verbali* e *letterali*;

b) contratti *non formali*;

c) contratti *reali*;

d) contratti *consensuali*.

La distinzione fra contratti *formali* e *non formali* non presenta alcuna difficoltà. I contratti *verbali* poi sono quelli che si perfezionano mediante la pronunzia di parole solenni, mentre quelli *letterali* si perfezionano con la scrittura. Importa studiare la trasformazione che subirono dal diritto antico nel diritto giustinianeo, e se in quest'ultimo possa veramente parlarsi ancora di contratti letterali.

Reali si dicono quei contratti *qui re perficiuntur*: vale a dire che per la loro perfezione non basta il semplice consenso dei contraenti; occorre inoltre che da una delle parti sia stata eseguita una prestazione o — giusta la frase usata da alcuni scrittori — che sia stata effettuata la consegna di una cosa. Questo concetto però è poco esatto, poichè, come vedremo, vi può essere contratto reale indipendentemente dalla consegna di una cosa materiale, sol che ad esso si sia data già esecuzione da una delle parti.

Invece nei contratti *consensuali* basta, perchè il contratto sia perfetto, il semplice consenso. L'accordo delle due volontà, elemento essenziale di ogni contratto, qui acquista un' impor-

tanza addirittura preponderante, bastando esso solo a dar vita al vincolo giuridico. I contratti consensuali sono la compra vendita, la locazione, il mandato e la società.

Recentemente si è messa in dubbio l'esattezza della distinzione fra contratti reali e consensuali secondo che essa risulta dalle Istituzioni giustinianee. Il PEROZZI, ponendo a confronto le Istituzioni di Gaio con quelle di Giustiniano, ha creduto di poter sostenere che quest'ultimo assegna alla detta distinzione un significato ben diverso da quello inteso da Gaio. Non è questo il momento di discutere di proposito la questione. Basti per ora averla accennata: ne rimando la soluzione a dopo che avrò fatta l'analisi minuta del concetto fondamentale dei contratti reali.

A. — Contratti formali

I. Contratti verbali

§ I.

Il primo dei contratti verbali che si offre al nostro esame è la *stipulatio*, che nel diritto antico aveva la forma della *sponsio*. Il concetto di essa ci è dato dal fr. 5 § 1 *de verb. obligat.* 45, 1 (POMPONIUS *libro vicensimo sexto ad Sabinum*):

« Stipulatio autem est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur daturum facturumve se quod interrogatus est responderit. »

La stipulazione è una formola verbale con la quale chi viene interrogato risponde che darà o farà ciò che gli è stato domandato.

Ci troviamo dunque di fronte ad un contratto che si conchiude mediante la pronunzia di parole solenni dall'una parte e dall'altra. Non è sufficiente il solo consenso per creare il contratto con i relativi obblighi giuridici: sono indispensabili inoltre una domanda e una risposta che coincidano, e che costituiscono la vera *causa civilis obligandi.*

§ II.

Non è possibile fissare il periodo storico preciso in cui la *stipulatio* acquistò forza obbligatoria in Roma. Certo è che i frammenti fino a noi pervenuti delle XII tavole, mentre accennano ad altri modi formali di assumere obbligazioni, come il *nexum* e lo *iusiurandum*, non fanno alcuna menzione nè della *sponsio* nè della *stipulatio*. I primi documenti che ne conservano traccia, ossia la *lex Aquilia* e il senato-consulto *De Bacchanalibus*, appartengono ad un'epoca più recente.

La *lex Aquilia* nel capo II, ignoto fino al tempo in cui fu scoperto nella biblioteca capitolare di Verona, contiene alcune disposizioni in ordine a gli *adstipulatores* e a gli *adpromissores*, persone che garantivano un obbligo altrui mediante contratto verbale. In quale epoca sia essa stata promulgata, non si sa; ma si può con sicurezza affermare, che è anteriore alla *lex Aebutia*, la quale introdusse la nuova procedura *per formulas*.

Il senato-consulto *De Bacchanalibus* appartiene ai primi secoli della Repubblica, e precisamente all'anno 568 di Roma. Emanato in occasione dello scoppio di una congiura che mise in serio pericolo l'esistenza della Repubblica, ebbe per mira di reprimerne con la maggiore severità le conseguenze, vietando le associazioni di persone a scopi illeciti. Il passo che c' interessa è il seguente (1):

« Neve post hac inter sed conjourase *neve* comvovise neve conspondise neve conpromesise velet, neve quisquam fidem inter sed dedise velet. »

E' vietato pertanto di *giurare insieme* (tale essendo il significato da darsi qui al verbo *coniurare*); vietato anche di *far voto insieme*, altra forma di obbligazione propria del diritto sacro, e consistente in una promessa unilaterale senza accet-

(1) Vedilo nel GIRARD, *Textes de droit romain*—2me èd.—Paris, Rousseau 1895; pag. 112.

tazione dell' altra parte. Neppure è lecito *conspondere* , ove è da rilevarsi che *consponsor* è correlativo di *coniurator*, e che in tal senso lo troviamo adoperato da alcuni scrittori, ad esempio Paolo Diacono. Ricade eziandio sotto il divieto del senatoconsulto il *promettere insieme*. In questo testo dunque si trovano chiaramente enunciati i quattro modi con cui nel diritto antico si potevano assumere obbligazioni verbalmente: la *sponsio*, la *promissio*, il *votum*, lo *iusiurandum*.

§ III.

Quale sia l' origine storica della *stipulatio* nella sua forma più antica della *sponsio* , è tuttora controverso nella dottrina. Salvo lievi divergenze nei particolari, si può dire che due opinioni tengono il campo. La prima fa della *sponsio* una derivazione dell' antico *nexum* : la seconda , accolta dalla maggior parte degli antichi scrittori , ravvisa in essa un contratto che acquistò forma civile dopo aver avuto efficacia solamente religiosa, ossia lo *iusiurandum*.

Senza aver la pretesa di dare una soluzione definitiva, poichè siamo sul terreno delle ipotesi e nessun dato positivo vi è in suffragio dell' una o dell' altra tesi , non ci sembra inopportuna qualche osservazione.

Il *nexum* , come è noto, era un contratto di carattere sacro in forza del quale, nel diritto antichissimo, una persona si vincolava a pagare una determinata somma di denaro. Esso ha dato luogo a dispute gravissime, che sono ben lungi dall'essere risolute: in ogni modo non può mettersi in dubbio—secondo afferma Gaio nelle sue Istituzioni — che constava non soltanto di parole ma anche di atti solenni, in ispecie era richiesto il pesamento del denaro alla presenza dei testimoni , ecc.: esso rientrava, in altri termini, nel concetto generico del *gestum per aes et libram*.

Ciò che importa rilevare per la nostra questione è, che nel *nexum* non parlano entrambe le parti che intervengono a creare il rapporto giuridico , bensì una sola di esse. E' il creditore

che pronunzia le parole solenni, e che impone per così dire la sua autorità al debitore. La *sponsio* al contrario consta di domanda e risposta : SPONDESNE ? SPONDEO. Ora se veramente la *sponsio* derivasse dal *nexum* , si dovrebbe pensare che questo con un processo di semplificazione venne man mano spogliandosi dell'apparato degli atti solenni, rimanendo soltanto le parole; ma il fondo , la tela , l' intima orditura dei due contratti dovrebbe essere la stessa , e invece non lo è. Il *nexum* è un monologo, mentre la *sponsio* è un dialogo. Ecco perchè, a nostro avviso , il volere scorgere un vincolo di derivazione fra le due figure giuridiche non è nè logico nè naturale.

Più probabile si presenta la seconda delle opinioni esposte, che fa discendere la *sponsio* dallo *iusiurandum.* Invero, nel passo già citato del senato-consulto *De Bacchanalibus*, l'una e l'altro sono messi accanto, quasi che avessero qualche cosa di comune. Va ricordato inoltre , che Varrone dice la parola *sponsio* derivante da σπονδή, *libazione* , appunto perchè anticamente essa era preceduta da libazioni. Tutto ciò serve a dimostrare che l'antica *sponsio* aveva carattere sacro.

Uno scrittore inglese dei più recenti, il BUCKLER, osserva a quanto abbiamo esposto che, come il *nexum,* anche lo *iusiurandum* è un monologo, e che quindi le stesse ragioni addotte per il primo dovrebbero farci conchiudere che nemmeno dallo *iusiurandum* potè avere origine la *sponsio.*

L' obiezione non ha alcun valore, perchè ne è falso il presupposto. Infatti è il creditore che propone le parole solenni , *dictat iusiurandum,* e il debitore non fa che ripeterle , donde l' adagio volgare *iurare in verba magistri,* ripetere le parole del maestro. Certamente siamo lontani dalla forma della domanda e risposta; ma neppure si può parlare di monologo.

§ IV.

Intorno all' etimologia della parola *stipulatio,* ricercata da scrittori giuridici e non giuridici, sono discordi i pareri.

Alcuni la fanno derivare dalla voce *stips,* che significa mo-

neta, perchè originariamente la stipulazione si riferiva sempre alla moneta.

Secondo altri, *stipulatio* viene da *stipulum*, equivalente a *firmum*, essendo la stipulazione un contratto con cui si conferisce efficacia civile a convenzioni che per sè stesse non ne avrebbero alcuna.

Questo concetto, accettato dalla maggior parte dei pandettisti moderni, nell'antichità fu illustrato specialmente da Paolo, il quale v' insiste anche per il riflesso, che la stipulazione era considerata dai giureconsulti come un mezzo cautelatorio, atto a garantire ed a rafforzare le obbligazioni.

Infine una terza opinione, sostenuta in particolar modo da ISIDORO DI SIVIGLIA, ne ricerca l'origine nel vocabolo *stipula* (pagliuzza, fuscellino). La ragione starebbe in ciò, che gli antichi quando facevano una promessa rompevano una verghetta, e ognuno dei contraenti ne serbava un pezzo. La riunione dei due pezzi serviva a fornire la prova dell' esistenza del contratto.

E' inutile dilungarci nella discussione delle tre ipotesi. Le questioni etimologiche possono offrire interesse per noi solamente quando da esse si ricavi qualche indizio che serva a darci lume su l' origine storica o su l' essenza dell' istituto : e qui non è il caso.

§ V.

Le parole solenni necessarie per la conchiusione della *stipulatio* ci sono riferite da Gaio in due importantissimi passi delle sue Istituzioni (III, 92 e 93) :

« Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, veluti : DARI SPONDES ? SPONDEO, DABIS ? DABO, PROMITTIS ? PROMITTO, FIDEPROMITTIS ? FIDEPROMITTO, FIDEJUBES ? FIDEJUBEO, FACIES? FACIAM. Sed haec quidem verborum obligatio: DARI SPONDES? SPONDEO propria civium Romanorum est; ceterae vero juris gentium sunt, itaque inter omnes homines sive cives Romanos sive peregrinos, valent; et quamvis ad Graecam vocem expressae fue-

riut, veluti hoc modo: Δώσεις; Δώσω· Ὁμολογεῖς; Ὁμολογῶ· Πίστει κελεύεις; Πίστει κελεύω· Ποιήσεις; Ποιήσω, [etiam haec] tamen inter cives Romanos valen*t*, si modo Gr*a*eci sermonis intellect*u*m habeant; et e contrario quamvis Latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos valent, si modo Latini sermonis intellectum habean*t*. A*t* illa ver*b*orum obligatio: DARI SPONDES? SPONDEO adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in Graecum sermonem per interpetrationem proprie transfe*rr*i possit, quamvis dicatur a Gr*a*eca voce figurata esse ».

L' obbligazione verbale si perfeziona con la domanda e la risposta, per esempio: *Prometti tu di dare? Darò. Prometti? Prometto*, ecc.

Però la formola verbale: « DARI SPONDES? SPONDEO » è propria dei cittadini romani; tutte le altre formole enunciate appartengono al diritto delle genti, quindi sono valevoli fra tutti gli uomini. E benchè espresse in greco, anche se vengano usate fra romani hanno efficacia; come per contro anche le parole latine usate dai peregrini valgono a perfezionare il contratto. Occorre peraltro che tanto chi pronunzia le parole quanto chi le sente, nel primo caso se sono romani capiscano il greco; e nel secondo, se sono peregrini capiscano il latino. In seguito si giunse ad ammettere, che qualunque lingua poteva essere adoperata per conchiudere la stipulazione.

La formola: « DARI SPONDES? SPONDEO » è così esclusivamente riservata ai romani, che anche quando è usata da questi non si può tradurla in greco, e ciò quantunque si dica che *spondeo* deriva dal greco.

Risulta dall' assieme di questo testo, che la formola più antica adoperata nella *stipulatio* è quella: « DARI SPONDES? SPONDEO » il che conferma ciò che abbiamo assunto fin da principio, vale a dire che la *sponsio* è la forma primitiva della *stipulatio*. Il carattere sacro della *sponsio* è dimostrato una volta di più dalla particolarità, che la formola suddetta non poteva venir usata se non dai romani.

L' altra formola; « DABIS? DABO » si trova per la prima volta nelle commedie di Plauto. Di tutte le altre non troviamo men-

zione; però è facile intendere che furono introdotte nello stesso periodo o non molto dopo.

Le formole: « FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO; FIDEJUBES? FIDEJUBEO » non si riferiscono alle stipulazioni in genere, ma soltanto alle fideiussioni prestate verbalmente. E' da notarsi che in origine le parole *fideiussio* e *fidepromissio*, nella stessa guisa che la *sponsio*, si adoperavano promiscuamente per indicare l' assunzione tanto di un'obbligazione propria, quanto della garanzia di un'obbligazione altrui; in prosieguo si differenziarono, e significarono solo il concetto di garanzia, mentre la *sponsio* rimase per le obbligazioni in generale.

La pronunzia delle parole solenni fu considerata sempre nel diritto antico come parte essenziale della *stipulatio;* posteriormente non si richiese più con tanto rigore che le parole fossero quelle e non altre. Venuto meno il formalismo, anch' esse sparirono. E già il diritto classico comincia a concedere che, qualunque formola sia stata pronunciata, essa è efficace a conchiudere la stipulazione, purchè le parti l' abbiano capita. Le fonti imperiali, infine, dichiarano addirittura che nella *stipulatio* non occorre il meccanismo della domanda e risposta.

§ VI.

Era uso antichissimo presso i romani, come ne fa fede Cicerone, di scrivere la *stipulatio*; ma questo non era un elemento indispensabile alla validità dell' atto, bensì si faceva per la sicurezza della prova.

Un esempio di stipulazione di questo genere si ha in un documento che risale ai primi tempi dell'Impero. È scritto su una delle tavolette incerate scoperte a Pompei il 20 settembre 1887, e conservate nel Museo Nazionale di Napoli. Dice così (1):

« HS. n. ∞ LD argentum probum recte dari stipulata est Dicidi*a* Margaris, spopond*it* *Poppea* Prisci liberta N*ote*...

(1) GIRARD, op. cit. pag. 738.

... Actum Pompeis VIII... L Junio Caesennio Paeto, P. Calvisio Rusone cos.

.... m .... re .... Actum Pompeis...

Firma*t*a foenorum cautio ».

Qui, come si vede, è riprodotta una stipulazione con la domanda e la risposta. La terminologia del passo è identica a quella usata ordinariamente dalle fonti, dove per indicare la diversità degli atti compiuti dalle parti che intervengono nella *stipulatio* si suol chiamare *promissor* o *reus promittendi* colui il quale si obbliga, e *stipulator* o *reus stipulandi* colui a favore del quale è fatta la promessa. In qualche luogo però si trova invece la frase *uterque stipulantium*.

La data apposta in fine del documento serve a denotare l'epoca in cui la stipulazione è stata conchiusa.

Un altro esempio ancora più importante di stipulazione scritta si ha in uno dei così detti trittici della Transilvania (1):

« Denarios LX q(ua) d(ie) p(etierit), p(robos) r(ecte) d(ari) f(ide) rogavit Jul(ius) Alexander, dari f(ide) p(romisit) Alexander Cari(cci), et se eos denarios LX, q(ui) s(upra) s(cripti) s(unt), mutuos numeratos accepisse et debere se dixit; et eorum usuras ex hac die in dies XXXↃI dari Jul(io) Alexandro e(ive) a(d) q(uem) e(a) r(es) p(ertinebit), f(ide) r(ogavit) Jul(ius) Alexander, dari f(ide) p(romisit) Alexander Caricci. Id fide sua esse jussit Titius Primitius, d(ie) s(upra) s(cripta) s(ortem) cum u(suris) r(ecte) p(robe) s(olvi).

Ac(tum) Alb(urno) majori, XIII K. Novembr. Rustic(o) II et Aquilino *c*o*s*.

L. Vasidii Victoris... ctati. as. Batonis Pr...vi. Tovetis. Titius Primitius. Alexandri Caricci i*p*sius debitoris. »

Questa scrittura è molto complessa poichè contiene tre stipulazioni diverse. Nella prima parte il creditore (*Julius Alexander*) domanda al debitore (*Alexander Caricci*), se è vero che gli ha consegnati i denari: denari *veri*, non falsi (*probos*); e il

(1) Girard, op. cit. pag. 759.

debitore risponde di averli ricevuti e di essere obbligato a pagarli. E' questa la parte principale dell' atto. Segue la stipulazione degl' interessi (*et eorum usuras* ecc.) i quali — trattandosi di contratto *stricti iuris* — era necessario che fossero espressamente pattuiti. Nell'ultima parte il fideiussore (*Titius Primitius*) si obbliga da galantuomo a pagare la sorte capitale e gl' interessi. Chiudono l' atto la data e le firme delle parti e dei testimoni.

Tali scritture, servendo—come si è detto—a garantire, a cautelare l' obbligazione verbalmente assunta, prendevano il nome di *cautiones*.

Il più delle volte erano chiamati i giureconsulti a redigerle, ed essi lo facevano con la massima cura, scegliendo e pesando minuziosamente ogni parola. Pare però che in più di una occasione essi abusassero della fiducia delle parti, tendendo loro dei tranelli; onde, specialmente negli ultimi tempi, si finì per fare a meno dell' opera loro, e bene spesso avveniva che l' onesto cittadino, dovendo scrivere il suo testamento o un contratto, dichiarasse per ogni buon fine (cfr. fr. 88 17 *de legatis* 31): « *Scrivo ciò senza consiglio di avvocato, iurisconsultus et dolus malus abesto* »: lusinghiero connubio di parole, che mostra in qual concetto fossero tenuti gli avvocati in un tempo per fortuna lontano da noi.

§ VII.

Dall' uso invalso di consegnare allo scritto la stipulazione derivò la conseguenza che, quando v' era la scrittura, si presumeva senz'altro che il contratto fosse stato conchiuso in piena regola. La scrittura faceva ritenere che le parti fossero state presenti all' atto.

Questo principio però non era assoluto, come si rileva da due passi delle Istituzioni. Il primo è il § 12 *de inutil.stipulat.*3,19:

« Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est. sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus praestabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus et non praesentes esse vel se vel adversarios suos contendentibus: ideo

nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Caesareenses advocatos scripsimus, per quam disposuimus tales scripturas, quae praesto esse partes indicant, omnimodo esse credendas, nisi ipse, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus vel per scripturam vel per testes idoneos approbaverit in ipso toto die quo conficiebatur instrumentum sese vel adversarium suum in aliis locis esse ».

L' obbligazione verbale fra assenti è nulla. Poichè però il requisito della presenza forniva materia di contese a gli uomini litigiosi, allegando per avventura dopo un certo tempo di non essere stati essi o i loro avversari presenti all' atto; così Giustiniano promulgò una costituzione, diretta a gli avvocati di Cesarea (è la c. 14 *de contrah. et committ. stipul.* 8, 37 (38)), a fine di dirimere celeremente le controversie su l' argomento. In essa fu disposto, che quelle scritture le quali designano che le parti furono presenti all'atto debbano in ogni modo essere credute, a meno che colui che si vale di tali disoneste affermazioni non dimostri con prove evidentissime, scritte o anche per testimoni, che in tutto quel giorno in cui si stipulò l' istrumento egli o il suo avversario si trovavano lontani da quel luogo.

In tal modo Giustiniano volle, che le scritture facessero piena fede. La sola prova ammessa contro di esse era l' *alibi*, e questa prova neppure si poteva fare in qualsivoglia modo, ma doveva essere scritta o testimoniale — escluse dunque le presunzioni — e doveva riuscire completa e convincentissima.

L'altro testo è il § 17 eod.:

« Si scriptum fuerit in instrumento promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit. »

Se sia stato scritto in uno strumento, che alcuno ha promesso, si ha come se alla risposta di lui sia preceduta la domanda.

Nel diritto giustinianeo dunque la stipulazione non si perfeziona più con la pronunzia delle parole solenni, ma con la

scrittura, la quale fa presumere che tutto sia seguito come è stato scritto. In questo periodo essa si chiama *ex scripto stipulatio.* Il diritto posteriore va ancora più oltre, poichè in una Novella dell'imperatore Leone è disposto, che la scrittura fa piena fede anche quando sia stata crocesegnata dalle parti, o quando si dichiari in nome della Santissima Trinità (forma di giuramento sostituita in quel tempo alle altre forme dell'antico diritto) che la promessa fu data.

§ VIII.

Un altro requisito essenziale della *stipulatio* è la presenza delle parti contraenti. Il promittente, si dice, deve sentire la domanda che gli viene rivolta dallo stipulante, e questi deve sentire la risposta del promittente: *exaudire invicem debent.*

Da queste parole molti scrittori hanno tratto argomento per risolvere la dibattutissima questione intorno al momento in cui si perfezionano i contratti fra persone lontane. Due sistemi principali esistono nella dottrina e nelle leggi. L' uno ritiene che il contratto è perfetto quando l' accettante ha inviato la risposta al proponente in modo che non sia più in grado di ritirarla, per esempio se abbia imbucato la lettera, spedito il telegramma, ecc.: poco importa del resto che la risposta non sia pervenuta al proponente, oppure che gli sia pervenuta ma egli non ne abbia preso conoscenza. L' altro ritiene al contrario, non potersi parlare di perfettibilità del contratto, se l' accettazione non è giunta a notizia del proponente. I sostenitori di questa seconda opinione citano in loro sostegno l' *exaudire invicem debent* richiesto per la stipulazione, poichè — essi dicono — il principio enunciato in quelle parole non muta per la sola circostanza che si tratta di contratto fra assenti.

Nel diritto italiano vigente la questione è stata risoluta, in conformità dei concetti romani, dall' art. 36 del codice di commercio, il quale dispone che il contratto bilaterale fra assenti non è perfetto, se l' accettazione non giunga a notizia del proponente.

§ IX.

Dalla necessità che le parti siano presenti e che le parole solenni siano da esse pronunziate e percepite derivano alcuni corollari enumerati dal fr. 1 pr. *de verbor. obligat.* 45,1 (ULPIANUS *libro quadragesimo octavo ad Sabinum*):

« Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente: et ideo neque mutus neque surdus neque infans stipulationem contrahere possunt: nec absens quidem, quoniam exaudire invicem debent. »

La stipulazione non si può conchiudere se non parlando l'una e l' altra parte, e perciò non possono obbligarsi per via di stipulazione nè il muto nè il sordo nè il bambino: e neppure l'assente, perchè le parti si debbono sentire reciprocamente.

Nel caso del sordo e del muto che intervengano a conchiudere una stipulazione non si potrebbe sanare l'irregolarità, derivante dal fatto di non essersi detto o sentite le parole solenni, mediante la scrittura. Questa invero fa presumere che tutto sia proceduto secondo che è stato scritto, ma non può arrivare fino a far sparire l' impossibilità fisica in cui si trova uno dei contraenti, di pronunziare le parole o di sentirle. Quanto all' assente, si è già veduto (§ VII) come la circostanza di essere stata assente una delle parti potesse farsi valere anche contro la scrittura. L'incapacità del bambino poi è d'indole generale: egli non può stipulare come non può obbligarsi in qualsiasi altra forma quand' anche pronunziasse meccanicamente le parole solenni, esse non avrebbero efficacia giuridica.

§ X.

Un terzo requisito, comune alla stipulazione ed a gli altri atti formali dell' antico diritto, è l'unità di contesto. Fatta l'interrogazione dallo stipulante, il promittente deve rispondere subito, tutto al più gli sono concessi brevi istanti per riflettere. Fra la domanda e la risposta non si può procedere ad atti estranei,

nè si può far decorrere un tale intervallo di tempo che non lasci più alcun nesso fra le due parti della dichiarazione. Che se l' interrogante invece di aspettare la risposta si allontani, e ritornato che sia il promittente accetti l' offerta ; la stipulazione è nulla.

Questo requisito dell' unità di contesto , passato negli atti del diritto posteriore e in particolar modo nei testamenti, non sembra che sia stato inteso in modo identico da tutti i giureconsulti.

Fr. 137 pr. *de verbor. obligat.* 45,1 (VENULEIUS *libro primo stipulationum*):

« Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet (ut tamen aliquod momentum naturae intervenire possit) et comminus responderi stipulanti oportet: ceterum si post interrogationem aliud acceperit, nihil proderit, quamvis eadem die spopondisset. »

L' atto dello stipulante e quello del promittente devono essere continui , in modo però che fra l' uno e l' altro possa esservi un breve intervallo, e occorre che si risponda immediatamente allo stipulante. Del resto , se dopo l' interrogazione il promittente abbia conchiuso (o meglio *abbia intrapreso*, leggendo *occeperit* in luogo di *acceperit*, come fa il DONELLO) qualche altro atto, la risposta non vale, quantunque data nello stesso giorno. In questo testo dunque si afferma nitidamente il principio, che fra la domanda e la risposta non vi dev'essere soluzione di continuità.

Fr. 1 § 1 eod. (ULPIANUS *libro quadragesimo octavo ad Sabinum*) :

« Qui praesens interrogavit, si antequam sibi responderetur discessit, inutilem efficit stipulationem: sin vero praesens interrogavit, mox discessit et reverso responsum est, obligat: intervallum enim medium non vitiavit obligationem. »

Colui che presente ha interrogato, se prima che gli si risponda si sia allontanato, rende inutile la stipulazione. Se presente abbia interrogato e subito si sia allontanato, e si sia ri-

sposto a lui che ritornava, la risposta obbliga il promittente, perchè un intervallo intermedio non vizia l' obbligazione.

Come si conciliano i due passi? Nel primo si dice in modo assoluto, che prima di rispondere all' interrogazione il promittente non può procedere ad atti estranei; nel secondo invece si ammette perfino che l' interrogante possa allontanarsi, purchè la risposta gli sia data al suo ritorno.

Secondo noi bisogna mantenere integro il principio dell'unità di contesto dell' atto, ma questo non si deve intendere nel senso rigoroso, che il promittente sia obbligato a rispondere subito. Qualche momento di esitazione è naturale in chi sta per assumere un obbligo, è il *momentum naturae* di cui fa cenno il fr. 137. Dunque un breve intervallo è lecito (onde alcuni nel fr. 1 § 1 leggono *modicum* invece di *medium*), e si tollera anche l'allontanamento momentaneo di una delle parti.

§ XI.

Quarto requisito della stipulazione: la risposta deve essere *congruente* alla domanda, in altri termini vi dev' essere piena corrispondenza fra le due parti della dichiarazione. Se la risposta si riferisca a una cosa diversa da quella che è stata domandata, o se una qualsiasi altra divergenza vi sia, manca l'incontro dei due consensi e quindi non vi è stipulazione.

S' intende facilmente come nei primi tempi il requisito della *congruenza* sia stato interpetrato col più grande rigore per opera del formalismo imperante. Si richiedeva che le due formule coincidessero perfettamente: alcuni anzi vanno più in là e credono che per l' efficacia dell' atto il promittente era obbligato a ripetere una per una tutte le parole pronunziate dallo stipulante.

Qualunque cosa si pensi di ciò, è certo che nel diritto classico bastava che il promittente ripetesse la parola fondamentale della domanda: quindi una stipulazione conchiusa con le parole: *centum dari spondes? Spondeo*, era valida.

Il principio suddetto, per quanto sia semplice e logico enun-

ciato in teoria, ha dato luogo a gravi difficoltà e ad infinite dispute nelle applicazioni pratiche. Importa studiare nelle fonti, in che modo i giureconsulti l'abbiano in molti casi semplificato.

Fr. 1 § 3 *de verbor. obligat.* 45,1 (ULPIANUS *libro quadragesimo octavo ad Sabinum*):

« Si quis simpliciter interrogatus responderit: 'si illud factum erit, dabo', non obligari eum constat: aut si ita interrogatus: 'intra kalendas quintas' responderit: 'dabo idibus', aeque non obligatur: non enim sic respondit, ut interrogatus est, et versa vice si interrogatus fuerit sub condicione, responderit pure, dicendum erit eum non obligari. cum adicit aliquid vel detrahit obligationi, semper probandum est vitiatam esse obligationem, nisi stipulatori diversitas responsionis ilico placuerit: tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur. »

Se alcuno, interrogato in modo puro e semplice, avrà risposto: *darò, se avverrà la tal cosa*; è evidente che egli non sarà obbligato. Se poi egli, interrogato in questa guisa: *darai alle quinte calende?* avrà risposto: *darò a gl' idi*; parimente egli non sarà obbligato, imperocchè non ha risposto come è stato interrogato. E viceversa se sia stato interrogato sotto condizione e abbia risposto puramente e semplicemente, anche in questo caso si deve dire che non sarà obbligato. Quando egli aggiunga o tolga qualche cosa alla obbligazione formulata nella domanda, sempre si deve affermare che l'obbligazione è viziata, eccettuato il caso che la risposta diversa sia stata accettata là per là dallo stipulante: perchè allora s'intende che sia stata conchiusa un'altra stipulazione.

Dunque non v'è stipulazione nel caso che la domanda sia pura e semplice e la risposta condizionata, e viceversa; e neppure vi è, se questa fissi un termine diverso da quella. Però, si finisce col dire, se il promittente nel rispondere aggiunge o toglie alla domanda, e lo stipulante accetta la modifica, la stipulazione è valida, e si considera come una stipulazione diversa da quella che era stata originariamente proposta.

Quest' ultima affermazione è in perfetta armonia con le idee moderne: poichè è certo che, se io ti voglio vendere una cosa

per dieci, tu me ne offri nove, ed io accetto, il contratto è conchiuso: ma evidentemente essa ripugna all' indole della stipulazione romana. Togliendo o aggiungendo alla domanda, dove se ne va la *congruenza* della risposta? E come si accorda questa proposizione con tutto ciò che precede nel testo?

La spiegazione più probabile, che è anche la più accreditata nella dottrina, è che il passo sia di Ulpiano fino alla parola *obligationem*, e che il resto sia fattura dei compilatori giustinianei. Ciò risulta dal *nisi* con cui incomincia la proposizione eccettuativa, che, come il *si non* e il *si modo non*, è indizio sicuro d'interpolazione. Un altro riflesso conforta tale opinione, ed è questo: che non s'intende come Ulpiano dapprima affermi nel modo più energico, con un *semper*, che l'obbligazione è in ogni caso viziata, e subito dopo temperi con un' eccezione il rigore della regola.

§ 6 eod.:

« Eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest. proinde si quis Latine interrogaverit, respondeatur ei Graece, dummodo congruenter respondeatur, obligatio constituta est: idem per contrarium. sed utrum hoc usque ad Graecum sermonem tantum protrahimus an vero et ad alium, Poenum forte vel Assyrium vel cuius alterius linguae, dubitari potest. et scriptura Sabini, sed et verum patitur, ut omnis sermo contineat verborum obligationem, ita tamen, ut uterque alterius linguam intellegat sive per se sive per verum interpetrem. »

Poco importa che si risponda nella stessa lingua o in un' altra: quindi se alcuno abbia interrogato in latino e l'altro risponda in greco, purchè la risposta sia congruente, l'obbligazione è costituita: e lo stesso è per il caso contrario. Si può dubitare però, se ciò si debba dire per il solo greco o si estenda anche ad altri idiomi, per esempio il cartaginese, l'assiro, o qualunque altro. E Sabino scrive, che si tollera l' uso di qualsivoglia lingua per conchiudere l'obbligazione verbale, a patto però che ciascuno dei contraenti capisca la lingua dell'altro, sia per propria scienza sia per opera di un coscienzioso interpetre.

Qui dunque si giunge ad ammettere che, purchè la sostanza

sia identica, la divergenza puramente formale della lingua adoperata dalle parti non osti alla validità della stipulazione. Concetto, come si vede, che sta in aperta contradizione co' i principi dell'antico formalismo.

Fr. 83 § 2 eod. (PAULUS *libro septuagensimo secundo ad edictum*):

« Si stipulante me Stichum aut Pamphilum tu unum daturum te spoponderis, constat non teneri te nec ad interrogatum esse responsum. »

Se avendo io stipulato Stico o Panfilo, tu abbi risposto che me ne darai uno soltanto, è chiaro che tu non sarai obbligato e che non hai risposto all'interrogazione.

In questo caso la domanda tende a costituire un' obbligazione alternativa, la risposta invece si riferisce a una sola delle cose contenute nella domanda. I due termini non sono corrispondenti, quindi non v' è stipulazione. Il principio della *congruenza* viene applicato qui col massimo rigore.

§ XII.

Un punto importantissimo e gravemente disputato nelle fonti è, come si debba intendere il requisito suddetto quando si tratti di stipulazione che ha per oggetto una somma di danaro. Tizio interroga: *centum dabis?*, Caio risponde: *quinquaginta dabo.* Sussiste o pur no la stipulazione?

Vi sono in proposito due opinioni opposte. Gaio, seguito da tutti gli antichi giureconsulti, asserisce che non v'è stipulazione, perchè la risposta non è *congruente*: cinquanta e cento, egli dice, sono due cose ben distinte. Invece Ulpiano e la scuola che a lui mette capo dicono, che siccome cinquanta è compreso in cento, almeno per cinquanta v' è stato l'accordo e quindi la stipulazione deve ritenersi conchiusa per cinquanta.

È indispensabile, per chiarire e risolvere la questione, l'esame di alcuni passi.

Fr. 1 § 4 eod. (ULPIANUS *libro quadragesimo octavo ad Sabinum*):

« Si stipulanti mihi 'decem' tu 'viginti' respondeas, non esse contractam obligationem nisi in decem constat. ex contrario quoque si me 'viginti' interrogante tu 'decem' respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta: licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est viginti et decem inesse. »

Se a me che stipulo dieci tu rispondi venti, risulta evidente che l'obbligazione non si è conchiusa se non per dieci. E all'incontro, se io interrogo per venti e tu mi rispondi per dieci, l'obbligazione sarà conchiusa soltanto per dieci: perchè, sebbene occorre che la somma sia congrua, tuttavia è chiarissimo che dieci è compreso in venti.

Dunque, secondo Ulpiano, sia che la somma enunciata nella risposta sia maggiore di quella contenuta nella domanda, sia che essa sia minore, la stipulazione è sempre valida per la somma minore.

Fr. 15 *de acceptilatione* 46, 4 (Pomponius *libro vicensimo septimo ad Sabinum*):

« Si is qui Stichum promisit ita interroget: 'quod Stichum 'promisi, Stichum et Pamphilum habesne acceptos ?', puto recte accepto latum et pro supervacuo Pamphili mentionem factam, quemadmodum si is qui decem promisit ita interroget: 'quod 'tibi decem promisi, viginti habesne accepta ?', etiam decem nomine erit liberatus. »

Se colui il quale promise Stico interroghi in questo modo: *poichè io ti ho promesso Stico, dichiari tu di aver ricevuto Stico e Panfilo ?*, reputo che si sia fatta un'accettilazione valida, e che sia superflua la menzione di Panfilo, nella stessa guisa che se colui il quale promise dieci interroghi così: *poichè io ti ho promesso dieci, dichiari tu di aver ricevuto venti ?*, anche per dieci sarà liberato.

Quando fra domanda e risposta v'è divergenza circa la quantità della somma, l'accettilazione è valida per la somma minore. Il testo si riferisce all'accettilazione, ma è applicabile altresì alla stipulazione. Ciò che interessa notare è, che il frammento è di Pomponio nel commentario a Sabino, appartiene cioè a uno

dei testi dell'antico diritto: e' tuttavia in esso si ammette la validità del contratto malgrado l' incongruenza formale della risposta.

L'identico concetto trovasi confermato, quasi con le identiche espressioni, da Paolo nel fr. 83 § 3 *de verbor. obligat.* 45,1 (PAULUS *libro septuagensimo secundo ad edictum*):

« Diversa causa est summarum, veluti 'decem aut viginti 'dari spondes ?' hic enim etsi decem spoponderis, recte responsum est, quia semper in summis id, quod minus est, sponderi videtur.»

Il caso è diverso quando si tratti di somme, per esempio: *prometti tu di dar dieci o venti ?* Invero qui, quantunque abbi promesso dieci, tuttavia hai risposto bene, perchè nelle somme si ritiene sempre che sia stata promessa la quantità minore.

Dunque Ulpiano, Pomponio e Paolo si esprimono sul punto controverso con una mirabile concordia di opinioni. Essi del resto non fanno che applicare un principio generale in materia d'interpetrazione di contratti, per cui le clausole oscure si debbono intendere nel senso, che si riferisce alla parte minore. Detto principio, espresso nel fr. 9 *de diversis reg. iuris ant.* 50,17 (ULPIANUS *libro quinto decimo ad Sabinum*): « semper in obscuris quod minimum est sequimur », è ripetuto e spiegato con maggior esattezza, con particolare accenno alla stipulazione, nel fr. 34 eod. (ULPIANUS *libro quadragensimo quinto ad Sabinum*):

« Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est: aut, si non pareat quod actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione in qua actum est frequentatur. quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? ad id, quod minimum est, redigenda summa est. »

Nell'interpetrare le stipulazioni e gli altri contratti dobbiamo attenerci sempre a quello che era nella intenzione delle parti: e se questa non apparisca, sarà logico seguire l'uso della regione dove è stato conchiuso il negozio giuridico. Ma che diremo, se neppure la consuetudine della regione apparisca, per-

chè varia? In questo caso si deve ridurre la somma al minimo possibile.

Un esempio ci mostrerà meglio le applicazioni pratiche della regola. Se Tizio voglia locare a Caio il suo fondo per cento, e Caio risponda cinquanta, evidentemente non sussiste il contratto di locazione, perchè non v'è il consenso delle parti sul correspettivo: viceversa, se Tizio domandi cinquanta e Caio risponda cento, l'accordo è intervenuto. Trattandosi invece di stipulazione, che contiene una pura e semplice promessa, questa è sempre valida per la somma minore.

Intanto troviamo nelle Istituzioni un passo in cui si afferma nel modo più reciso il contrario di quello che logicamente sostengono i tre giureconsulti. E' il § 5 *de inutil. stipulat.* 3, 19:

« Praeterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea quae interrogatus erit non responderit, veluti si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra... »

Inoltre la stipulazione è nulla, se non si risponde a ciò che è stato domandato: come se alcuno stipuli che tu gli darai dieci aurei, e tu gliene prometta cinque, o viceversa.

Questo testo, come tanti altri delle Istituzioni, è riprodotto fedelmente dalle Istituzioni di Gaio (III, 102). Di qui la stranezza, che mentre nei frammenti riportati nel Digesto, appartenenti a un' epoca più remota, si segue una interpetrazione razionale e conforme ai principii generali di diritto; nelle Istituzioni giustinianee invece, libro più recente, di carattere eminentemente didattico, e che aveva efficacia di legge, si adotta una soluzione che ci richiama ai tempi del formalismo. Resta però sempre da spiegarsi la contradizione, e da ricercare, quale significato abbia nel *Corpus Iuris* il § 5 cit.

Due vie sono state tentate. Secondo alcuni, quando fra due passi della compilazione giustinianea vi è una contradizione assoluta e inconciliabile, essi si annullano a vicenda e l'interpetre è libero di scegliere quella massima che meglio risponda ai principi generali: così che qui bisognerebbe dire che la stipulazione è sempre valida per la somma minore. Altri sostengono, che si debba ritenere la regola data dal Digesto, e che

Giustiniano nel § 5 abbia inteso alludere a un caso speciale, al caso cioè in cui le parti abbiano dichiarato espressamente di volere che s' intenda quello che hanno detto e non altro. A noi sembra che sia da applicarsi, come più razionale, questo secondo criterio d'interpetrazione.

§ XIII.

Circa le persone che possono conchiudere la *stipulatio*, si è già visto (§ V) che potevano essere così cittadini romani come peregrini, con la particolarità che questi ultimi non potevano usare la formola: DARI SPONDES? SPONDEO. Gl'incapaci potevano intervenire nella stipulazione in quanto la loro limitata capacità lo permetteva: quindi avevano facoltà di stipulare validamente, ma non di promettere. E' inutile insistere su l' argomento, poichè si applicano in tutto e per tutto i principi comuni.

Più lungo discorso si richiede intorno alle cose che possono formar oggetto della stipulazione. Anzitutto occorre appena notare, che esse debbono essere in commercio, giusta la norma generale del diritto delle obbligazioni.

Originariamente, come abbiamo accennato altrove, la stipulazione non poteva riferirsi che a somme di danaro: e la ragione è da ricercarsi in ciò, che—pure ritenendo che essa non sia una derivazione dell'antico *nexum*—è fuori dubbio che nei bisogni pratici sostituì il *nexum*. In seguito si ammise che potessero venir dedotte nella stipulazione anche altre cose, purchè certe e determinate; e infine essa raggiunse la più ampia estensione, quando si arrivò a concedere che la promessa potesse riferirsi anche ad una cosa incerta, vale a dire ad un fatto. L'epoca in cui si raggiunse questo massimo sviluppo si può fissare intorno all' anno 600 di Roma, poichè a quel tempo appartiene il *De Re Rustica* di Catone, che contiene il seguente frammento, nel quale si parla della promessa di raccogliere le olive, fatta per via di stipulazione: « Oleum cogi recte satisdato arbitratu

L. Manlii, recte haec dari fieri satisque dari domini an cui iusserit promittit, satisdatoque arbitratu domini. »

Fra gli scopi svariatissimi a cui la stipulazione fu fatta servire, il più usuale si può dire che fu quello, di novare le obbligazioni.

La novazione è così definita nel fr. 1 pr. *de novat. et delegat.* 46,2 (ULPIANUS *libro quadragensimo sexto ad Sabinum*):

« Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perematur. novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione. »

La novazione si può definire una transfusione e un trasferimento del debito primitivo in un' altra obbligazione civile o naturale, vale a dire quando di un' obbligazione derivante da causa precedente se ne forma un' altra per modo che la prima si estingua: poichè la parola *novazione* ha origine da *nuovo* e dalla nuova obbligazione.

Si ha dunque una trasformazione della precedente obbligazione, nel senso che se ne muta la forma, il titolo giuridico. Muta il titolo, ma non l'oggetto, poichè il contenuto della nuova obbligazione è sempre *quod ex priore obligatione debetur.*

Questa caratteristica ha somma importanza, distinguendo essa il concetto della novazione romana da quello ricevuto nel diritto moderno. Si osservi ancora, che i requisiti necessari perchè la novazione potesse dirsi conchiusa non furono intesi in ogni tempo allo stesso modo. Mentre nell'antico diritto bastava a tal uopo che il debitore si obbligasse a dare ciò che già doveva per altro titolo, il diritto classico introdusse l'elemento dell'*animus novandi*, e Giustiniano richiese perfino che l'intenzione delle parti fosse espressamente manifestata.

La stipulazione pertanto, oltre all' essere adoperata per creare obbligazioni *ex novo*, divenne un mezzo comune di novazione. Con la così detta *stipulatio Aquiliana* si riunivano in una sola obbligazione i vari titoli di credito che si avevano verso la medesima persona, imprimendo ad essi una novella efficacia. Anche qui la stipulazione mantiene il suo carattere di *cautio*-

nalis, servendo ad aggiungere al credito una nuova garanzia oltre quelle già esistenti.

§ XIV.

Se più siano gli oggetti che vengono dedotti nella stipulazione, si dovrà dire che vi è unica stipulazione, o che vi sono tante stipulazioni quanti sono gli oggetti?

Fr. 29 pr. *de verbor. obligat.* 45, 1 (ULPIANUS *libro quadragensimo sexto ad Sabinum*):

« Sciro debemus in stipulationibus tot esse stipulationes, quot summae sunt, totque esse stipulationes, quot species sunt. »

E' da sapere che nelle stipulazioni tante sono le stipulazioni quante sono le somme, e tante sono le stipulazioni quante sono le specie (intendendo qui per *specie* gli oggetti singolarmente determinati).

Per i legati invece vale il principio opposto, vale a dire che quando più cose sono lasciate in legato, questo si considera unico.

La differenza è rilevante per le gravi conseguenze che ne derivano nella pratica. Se io ho promesso di dare lo schiavo Stico, lo schiavo Panfilo e lo schiavo Damo, ed uno di essi muore; io sarò nondimeno obbligato a dare gli altri due, perchè s' intende che abbia fatto tre stipulazioni. Se una delle cose dedotte nella stipulazione è fuori commercio, questa rimane ferma per le altre, mentre il legato si annullerebbe. Finalmente, il principio vale a far distinguere, in qual momento si acquista il diritto derivante dalla stipulazione. Se di due cose l' una è promessa in modo puro e semplice, l'altra *sub condicione*, lo stipulante acquista il diritto su la prima immediatamente, su la seconda solo *existente condicione*: che se si tratti invece di termine, il diritto si acquista subito ma non si può far valere se non quando il termine è giunto.

§ XV.

E' interessante osservare come funzionano in alcuni casi pratici i concetti finora esaminati.

Fr. 83 § 4 *de verbor. obligat.* 45, 1 (PAULUS *libro septuagensimo secundo ad edictum*):

« Item si ego plures res stipuler, Stichum puta et Pamphilum, licet unum spoponderis, teneris: videris enim ad unam ex duabus stipulationibus respondisse. »

Similmente se io stipuli più cose, ad esempio Stico e Panfilo, sebbene tu abbi risposto ad uno solo, sarai obbligato: poichè si ritiene che abbi risposto ad una sola delle due obbligazioni. Qui dunque ricevono applicazione il principio, che le stipulazioni sono tante quanti sono gli oggetti dedotti, e la norma d' interpetrazione, che nelle clausole oscure bisogna sempre ritenere *quod minimum est.*

Il caso inverso è contemplato nel fr. 1 § 5 eod. (ULPIANUS *libro quadragesimo octavo ad Sabinum*):

« Sed si mihi Pamphilum stipulanti tu Pamphilum et Stichum spoponderis, Stichi adiectionem pro supervacuo habendam puto: nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis, neque vitiatur utilis per hanc inutilem. »

Ma se a me stipulante Panfilo tu abbi promesso Panfilo e Stico, ritengo che si debba avere come superflua l'aggiunta di Stico: imperocchè se tante sono le stipulazioni quanti sono gli oggetti, qui due sono in certa guisa le obbligazioni, l'una valida e l'altra nulla, e non si vizia quella valida per effetto della nulla.

La spiegazione del passo sta tutta nella frase finale, *utile per inutile non vitiatur.*

La massima enunciata in queste parole si può dire esatta in modo assoluto: tuttavia si deve eccettuare il caso, che nell' intenzione delle parti il negozio giuridico nullo e quello valido fossero stati così intimamente connessi, da risultare, che

senza dell' uno esse non avrebboro voluto l'altro. Se tale prova manchi, l' atto rimane fermo per la parte non viziata.

Qualche scrittore, partendo da un punto di vista opposto, crede che quando un atto è viziato in una sua parte, esso è nullo nel complesso, a meno che non si provi che le parti ebbero in animo di tenerne ferma una data parte. E questo principio è sancito altresì nella parte generale del codice tedesco.

Dovendo scegliere fra le due formole, preferiamo la prima, come quella che è più logica e più conforme a gl'insegnamenti dei testi. In pratica poi non è difficile giudicare, se fra più negozi giuridici interceda un vincolo così stretto da non permettere che l' uno sia separato dall' altro. La connessione non si presume, bisogna provarla: e quando non sia provata, si ritiene sempre che la parte valida dell'atto non subisce l'influenza della parte nulla.

§ XVI.

La forma ordinaria usata per ridurre la stipulazione in iscritto era quella che serviva anche per le altre specie di convenzioni. Si faceva precedere una parte espositiva, in cui si enumeravano tutte le condizioni che alle parti fosse piaciuto di stabilire, e si conchiudeva con una clausola così concepita: *prometti tu di dare tutto ciò che è scritto avanti? prometto.* Domanda e risposta dovevano essere reciproche, perchè le parti fossero reciprocamente obbligate. In alcuni testi si accenna a questa forma e si determina il rapporto che intercede fra le due parti dell' atto.

Fr. 134 § 1 *de verbor. obligat.* 45, 1 (PAULUS *libro quinto decimo responsorum*):

« Idem respondit: plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur, sic tamen, ut non ex ea repetitione inutilis efficiatur stipulatio. »

Per lo più ciò che è formulato dai contraenti nella parte iniziale, anche nelle stipulazioni quando sia ripetuto nella clau-

sola finale, si deve ritenere. in modo tale che dalla detta ripetizione non venga annullata la stipulazione.

Non si può stipulare due volte l' identica cosa, e se ciò si faccia, la seconda stipulazione e nulla: *qui bis idem promittit nihil agit*. Però, si dice, la ripetizione che si fa nella clausola finale delle condizioni precedentemente stabilite non rende nullo l' atto, anzi vale a conferirgli efficacia.

§ 3 eod.:

« Idem respondit, quotiens pluribus specialiter pactis stipulatio una omnibus subicitur, quamvis una interrogatio et responsum unum subiciatur, tamen proinde haberi, ac si singulae species in stipulationem deductae fuissent. »

Quante volte si siano più cose pattuite specialmente e si faccia seguire una sola stipulazione per tutte, sebbene si faccia seguire una sola interrogazione e una sola risposta, si deve tuttavia ritenere che i singoli oggetti siano dedotti in stipulazione.

Fr. 140 pr. eod. (PAULUS *libro tertio ad Neratium*):

« Pluribus rebus praepositis, ita stipulatio facta est: 'ea omnia, quae supra scripta sunt, dari?' propius est, ut tot stipulationes, quot res sint. »

Quando si sono fatte precedere più cose e si è fatta una stipulazione nei seguenti termini: *tutte quelle cose che sono scritte innanzi, prometti tu di dare ?*, è da ritenere, che tante siano le stipulazioni quante sono le cose.

Fr. 86 eod. (ULPIANUS *libro septuagensimo nono ad edictum*):

« Quod dicitur tot stipulationes esse quot res, ibi locum habet, ubi res exprimuntur stipulatione: ceterum si non fuerint expressae, una est stipulatio. »

La nota regola, che tante sono le stipulazioni quante sono le cose, ha luogo soltanto quando le cose siano nella stipulazione espressamente indicate, in caso diverso una sola è la stipulazione.

Questo passo completa e corregge la regola enunciata nel fr. 140 pr. e nel fr. 134 § 3. Infatti, quando la cosa è designata in modo generico — supponiamo, si promette la tale pariglia di cavalli — o quando la promessa si riferisce ad una *universitas*

verum, per esempio un negozio; in questi casi la stipulazione è unica. Per ciò che riguarda le somme di danaro, se esse derivano da un solo titolo, una è la stipulazione; ma se derivano da titoli diversi, come quando si novano debiti di origine diversa mediante la stipulazione, allora vi saranno tante stipulazioni quanti sono i titoli diversi per cui le somme erano dovute.

§ XVII.

Un posto essenziale nella presente trattazione dev' essere occupato dallo studio delle azioni mediante le quali si poteva far valere il diritto derivante dalla stipulazione. Bisogna a tal uopo distinguere le stipulazioni in tre categorie, avendo riguardo al contenuto della promessa: imperocchè per ciascuna categoria vi era un' azione diversa. Quando oggetto della stipulazione era una determinata somma di danaro, il diritto classico accordava allo stipulante l'*actio certae creditae pecuniae*: se invece erano state dedotte altre cose fungibili, o certe e determinate, si dava la *condictio triticaria*: infine, trattandosi di fatti o prestazioni incerte, il mezzo per richiedere l' adempimento della promessa era l'*actio ex stipulatu*. Importa fermarsi particolarmente su ciascuna delle tre azioni.

A. — Secondo una congettura corroborata da validi elementi e accolta da gran numero di scrittori, l' azione che nell'antico diritto serviva a domandare la somma stipulata era l'*actio sacramenti in personam*, che venne poi sostituita dall' *actio sacramenti per condictionem*, quando questa fu introdotta per opera delle leggi Silia e Calpurnia.

Comunque sia di ciò, è certo che nel diritto classico troviamo usata per tale scopo l' *actio certae creditae pecuniae*, della quale si fa menzione in molti frammenti nonchè nella *lex rubria de Gallia Cisalpina*. Ha il carattere di *actio stricti iuris*, ed è unilaterale perchè si accorda al solo stipulante.

Il Savigny ed altri scrittori sostengono, che nelle fonti si parla della *condictio certi*, azione personale rivolta ad ottenere l' esecuzione della promessa di un *certum*, in antitesi con l'*actio*

ex stipulatu, che si sperimentava quando il promittente si era obbligato ad un fatto: di guisa che la *condictio certi* comprenderebbe così l' *actio certae creditae pecuniae* come la *condictio triticaria*. Il testo a cui essi appoggiano la loro tesi è il fr. 9 § 3 *de rebus creditis etc.* 12,1 (ULPIANUS *libro vicensimo sexto ad edictum*):

« Quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi condictio competit, sive re fuerit contractus factus sive verbis sive coniunctim, referendae sunt nobis quaedam species, quae dignum habent tractatum, an haec actio ad petitionem eorum sufficiat. »

Poichè dunque in base a tutti i contratti spetta la *condictio certi*, reale o verbale che sia il contratto, o reale e verbale ad un tempo, dobbiamo riferire alcuni casi che sono degni di studio, per vedere se basti in essi l'esercizio di questa azione.

Il passo in esame, giusta i risultati di studi recenti, non è genuino. L'affermazione contenuta in esso, e ripetuta nel principio della legge citata, che la *condictio certi* si accorda in base a tutti i contratti, qualunque ne sia la forma e l'oggetto, contrasta in modo troppo reciso co' i principi più accertati del diritto classico. Secondo questi principi, il venditore, per esempio, che intendeva agire contro l'acquirente per il pagamento del prezzo, non ricorreva alla *condictio certi*, ma si valeva dell'*actio ex vendito* derivante dal contratto. Basterebbe questo riflesso per persuaderci, che il passo non è di Ulpiano.

D' altra parte si spiega facilmente, perchè i compilatori si riferiscano alla *condictio certi*, detta altrimenti *actio si certum petatur*. Il diritto pretorio aveva una rubrica dal titolo « si certum petatur », nella quale erano comprese non solo l' *actio certae creditae pecuniae* e la *condictio triticaria*, ma tutte le altre azioni che tendevano a qualche cosa di certo. Così avvenne che i compilatori, su l'autorità della detta rubrica, crearono una categoria generale di azioni affatto estranea ai concetti del diritto classico.

§ XVIII.

Esaminando ora da vicino la struttura dell'azione che ci occupa, una prima particolarità da notarsi è l'applicazione che in essa riceve il principio sancito dalla legge delle XII tavole, secondo cui la confessione, fatta in giudizio, del proprio debito importa senz'altro l'obbligo del pagamento.

Fr. 6 pr. *de confessis* 42,2 (Ulpianus *libro quinto de omnibus tribunalibus*):

« Certum confessus pro iudicato erit, incertum non erit. » Sarà ritenuto come giudicato colui il quale è confesso, trattandosi di cosa certa; non così, se la cosa è incerta. Pertanto, se il convenuto dichiari di dovere la somma, la procedura si arresta: tanto basta perchè si possa far luogo all'esecuzione forzata contro di lui.

Una seconda caratteristica dell'*actio certae creditae pecuniae* è lo *iusiurandum necessarium* ossia *in iure delatum*. In forza di esso, quello dei contendenti a cui era stato deferito era messo nell'alternativa o di prestare il giuramento, e in questo caso il giudice era tenuto a decidere secondo che si era giurato; o di rifiutare, e allora perdeva la lite.

Un istituto analogo si ha nel diritto moderno nel così detto giuramento decisorio, che riguarda il punto decisivo di una qualsiasi controversia, ed ha la forza di risolverlo. Ciascuno dei litiganti può deferirlo all'avversario, e se questi lo accetta, il magistrato deve guardare soltanto *an iuratum sit*, senza scendere ad altra indagine: onde a ragione si dice, che il giuramento decisorio contiene una specie di transazione. Se la parte non accetta il giuramento, si considera che abbia confessato; se invece lo riferisce a sua volta all'avversario, è questi che è tenuto a giurare se non vuol soccombere. Diverso è il giuramento suppletorio, che serve a fornire un elemento di prova, quando le prove addotte siano insufficienti. Il giudice lo deferisce d'ufficio, quando ne ravvisi l'opportunità, ed è lui che sceglie, portando un equo apprezzamento su le circostanze di fatto,

quale delle parti debba prestarlo: nè il giuramento prestato lo vincola in modo assoluto. Il giuramento decisorio è oggetto di vivaci critiche nella dottrina. Si vorrebbe modificarne la portata riducendolo, come l'altra specie accennata, ad un semplice mezzo probatorio: e questo concetto è stato accolto dal legislatore austriaco nella recente Ordinanza di procedura civile.

Nel diritto giustinianeo si deve dire che il giuramonto abbia avuto la stessa importanza ed efficacia che ha presso di noi? Sembrerebbe di si, stando a ciò che scrive Ulpiano nel fr. 3 § 1 *de iureiurando etc.* 12, 2 (ULPIANUS *libro vicensimo secundo ad edictum*):

« Quacumque autem actione quis conveniatur, si iuraverit, proficiet ei iusiurandum, sive in personam sive in rem sive in factum sive poenali actione vel quavis alia agatur sive de interdicto. »

Con qualunque azione sia alcuno convenuto in giudizio, se abbia giurato, il giuramento gli gioverà: e ciò sia che si agisca con azione personale o reale o *in factum* o penale o con qualsivoglia altra, sia anche con un *interdictum*. Nessun limite si pone dunque all' efficacia del giuramento: esso — si dice — può esercitare la sua influenza decisiva su la lite, di qualunque natura sia l'azione che si sperimenta.

Invece non è così. Il DEMELIUS, nel suo splendido lavoro sul giuramento in diritto romano (1), che fa parte degli studi i quali prepararono la riforma della procedura civile in Austria, ha dimostrato con argomenti inoppugnabili, che il giuramento si poteva far valere soltanto in alcune determinate azioni. Tali sono, oltre quella che stiamo esaminando, l'*actio de constituta pecunia* (fr. 25 § 1 *de pec. const.* 13, 5; fr. 14, 36 *de iureiu-*

---

(1) DEMELIUS O. *Schiedseid und Beweiseid in röm. Civilprozesse, Beitrag zur Erörterung der Eidesfrage.*— Leipzig B. Tauchnitz 1887 p. 152.—Vedi l'ampia recensione fattane dal FADDA nella *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, vol. V pag. 256.

rando etc. 12, 2), l'*actio rerum amotarum* (fr. 11 § 3 *de act. rer. amot.* 25, 2) e *l' actio noxalis* (fr. 21 § 2 *de noxal. act.* 9, 4). Sarebbe troppo lungo esporre, anche sommariamente, per via di quali indagini egli sia pervenuto a questi risultati: basti questo semplice accenno.

In terzo luogo colui il quale si valeva dell'*actio certae creditae pecuniae* aveva l'obbligo di domandare nella *intentio* della formola una somma certa e determinata, sotto pena—nel caso che domandasse più di quanto gli era dovuto—d'incorrere nella *plus petitio* o decadenza dal diritto di agire. In generale la decadenza aveva luogo non solo quando si chiedeva di più riguardo all'oggetto dell'obbligazione (*plus re*), ma anche quando si chiedeva in un tempo o in un luogo diversi da quelli che erano stati stabiliti (*plus tempore, plus loco*) o pure per una causa diversa da quella che aveva dato luogo all' obbligazione (*plus causa*). Qui, trattandosi di azione che tendeva a una somma certa, si parla della *plus petitio re.*

Intorno alla *condemnatio* relativa all' *actio certae creditae pecuniae* sono sommamente importanti alcuni passi di Gaio (IV, 49 - 51):

« Condemnatio autem vel certae pecuniae in formula proponitur vel incertae. Certae pecuniae velut in ea formula qua certam pecuniam petimus; nam illic ima parte formulae ita est: JUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO SESTERTIUM X MILIA CONDEMNA. SI NON PARET, ABSOLVE. Incertae vero condemnatio pecuniae duplicem significationem habet. Est enim una *cum* aliqua praefinitione, quae vulgo dicitur cum taxatione, velut si incertum aliquid petamus; nam illic ima parte formulae ita est: JUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO DUMTAXAT SESTERTIUM X MILIA CONDEMNA. SI NON PARET, ABSOLVE; vel incerta est et infinita, velut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est si in rem agamus vel ad exhibendum; nam illic ita est: QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM, JUDEX N. NEGIDIUM *A. Agerio* CONDEMNA. SI NON PARET, ABSOLVITO. »

La *condemnatio*, qui si dice, è certa o incerta. È certa, quando si domanda una somma certa di danaro, e quindi il pre-

tore inserisce nella parte finale della formola la facoltà di condannare a quella determinata somma, nè più nè meno. Esempio: *il giudice condanni il convenuto a pagare diecimila sesterzi; se il debito non risulti, lo assolva.* La *condemnatio incerta* poi è di due specie. La prima, detta volgarmente *cum taxatione*, ha luogo quando si chiede un *incertum*, e con essa si dà facoltà al giudice di condannare a ciò che risulterà, ma entro certi determinati confini, nei quali molte volte si ammette anche lo *iusiurandum in litem* per stabilire la somma da pagarsi. La seconda, *incerta et infinita*, lascia libero il campo al prudente arbitrio del giudice. Questi non è obbligato a limitare la condanna a tanto e non più; ma vedrà lui, *quanti ea res erit*. Questa seconda specie di *condemnatio* si usa eziandio nel caso che si sia domandata una cosa certa: così che, anche quando la *intentio* si riferisce a un oggetto certo, la *condemnatio* può essere incerta.

Finalmente è da rilevare nell'*actio certae creditae pecuniae* un residuo delle antiche azioni sacramentali, vogliamo intendere la *stipulatio et restipulatio tertiae partis*. L'attore stipulava dal convenuto, a titolo di pena in caso di soccombenza, il pagamento di una terza parte della somma domandata, ed altrettanto restipulava il convenuto dall'attore. Era, come si direbbe oggi, una liquidazione anticipata dei danni.

§ XIX.

B. — La *condictio triticaria* — come è facile arguire dalla etimologia del vocabolo — fu introdotta originariamente per le stipulazioni che si riferivano a una certa quantità di frumento, *triticum*: poi a mano a mano se ne estese la portata, fin che si giunse ad usarla in tutti i casi in cui l'oggetto dedotto nella stipulazione consistesse in cose fungibili o anche soltanto in cose certe e determinate. Siccome non si tratta di somme di danaro, non si applicano alla detta *condictio* le regole che abbiamo esposte circa lo *iusiurandum* e la *confessio*, e neppure la *stipulatio* e *restipulatio tertiae partis*. Quanto al modo come è con-

cepita la formola, si deve dire, giusta i precetti di Gaio innanzi studiati, che l'*intentio* è certa, mentre la *condemnatio* è sempre incerta.

§ XX.

C. — Resta da esaminare l'*actio ex stipulatu*, vale a dire l'azione che deriva dalla stipulazione quando la promessa consista in un *incertum*. Ecco che cosa ne scrive Gaio (IV, 136):

« Item admonendi sumus, si eum ipso agamus qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis hoc modo: JUDEX ESTO. QUOD A. AGERIUS DE N. NEGIDIO INCERTUM STIPULATUS EST, CUJUS REI DIES FUIT, QUIDQUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET ET RELIQUA. »

Similmente si deve avvertire, che se si agisce contro colui il quale ha promesso un incerto, la formola proposta dev'essere concepita in modo, che nella detta formola sia inserita una *praescriptio* in luogo della *demonstratio*, in questa guisa: *Tizio sia giudice: poichè Aulo Agerio ha stipulato da Numerio Negidio un incerto, del quale oggi è scaduto il termine, qualunque cosa Numerio Negidio deva dare o fare per tal titolo in favore di Aulo Agerio.*

La prima cosa notevole in questo testo è la determinazione dell'oggetto dell'azione, contenuta nelle parole *si incertum promiserit*. Ma quello che maggiormente è da rilevarsi, è il peculiare carattere della formola, in quanto che si dice che in essa la *praescriptio* tiene luogo della *demonstratio*. La ragione sta in ciò, che trattandosi di stipulazione avente per oggetto una cosa incerta da prestarsi in più scadenze successive: se si fosse agito per l'intero, si sarebbe consumata tutta l'azione anche relativamente alle scadenze a venire. La *praescriptio* dunque, limitando il contenuto della *deductio* alle sole rate scadute, mira ad evitare la decadenza dal diritto di agire per il rimanente.

Molti scrittori pretendono, che l'*actio ex stipulatu* si confonda con la *condictio incerti*, azione personale che tende a far

valere qualsiasi diritto relativo ad un *incertum*. Questa opinione si può considerare antiquata, dopo che da studi recenti è stata messa in chiaro l'indole profondamente diversa delle cennate azioni. Una prima differenza starebbe nella formola, poichè nella formola dell'*actio ex stipulatu* si doveva indicare la causa dell'obbligazione, mentre nella formola della *condictio incerti* ciò non si richiedeva. Questo punto però non è senza controversia nella dottrina.

La vera nota differenziale fra le due azioni, che non si può in alcun modo mettere in dubbio, è costituita dalla diversa latitudine dei poteri del giudice. Invero convien ricordare, che i contratti di stretto diritto, dei quali la *stipulatio* fa parte, hanno la figura di un negozio giuridico bilaterale per la forma ma unilaterale per gli effetti; viceversa i contratti di buona fede sono sempre bilaterali. Ne deriva che, mentre nei primi una sola è l'obbligazione e per conseguenza una sola è l'azione che ne scaturisce; nei secondi ci troviamo di fronte a due obbligazioni diverse, che si fanno valere l'una mediante le *actiones directae*, l'altra straordinariamente per via delle *actiones contrariae*. E mentre nei contratti della prima specie il giudice deve limitare l'officio suo a stimare quel tanto che dalle parti è stato espressamente dedotto; nei contratti *bonae fidei* egli s'interpone in certo modo fra esse, valutando in base ad un criterio di equità *quidquid ex aequo et bono facere oportet*. Anche quando le parti siano vincolate da obblighi vicendevoli in virtù di due contratti *stricti iuris*, si ritiene che questi contengano obbligazioni affatto indipendenti, e nessuna influenza può il giudice attribuire all'uno su l'altro, salvo che la formola proposta non li metta esplicitamente in relazione. E' con la scorta di questi principi che bisogna studiare le dissimiglianze fra l'*actio ex stipulatu* e la *condictio incerti*. Quella tende alla esecuzione di una promessa prestata mediante un contratto *stricti iuris*; questa è data a tutela del diritto creato da un contratto *bonae fidei*: in quella pertanto il giudice non può uscire dall' orbita inflessibile segnata al suo esame dalla volontà delle parti; in questa invece egli esercita

un potere assai più largo, determinando gli obblighi rispettivi secondo i principi dell'equità.

§ XXI.

Esaurita così l'esposizione delle azioni a cui la stipulazione dà luogo nei vari casi, è di sommo interesse considerare, quale sia l'influenza della *causa obligandi* su la validità del contratto e su l'esercizio dell'azione.

Quando si dice, che la stipulazione è un contratto formale, ciò va inteso sotto due diversi punti di vista. E' contratto formale, in quanto che non esiste giuridicamente se non è rivestito di una determinata forma: è contratto formale altresì, perchè quando si è osservato il requisito della forma, questa vale senz'altro a dare efficacia alla promessa, prescindendo da qualunque causa concreta di obbligazione.

Questo duplice significato dell'aggettivo *formale* ci richiama al concetto della cambiale moderna, o per dir meglio al concetto della cambiale accolto nel vigente codice di commercio. Infatti mentre, secondo il codice del 1865, a imagine del codice francese, la cambiale non era se non il documento del contratto di cambio traiettizio, e quindi uno dei requisiti essenziali di essa era l'indicazione della valuta; il legislatore italiano del 1882, togliendo di mezzo il requisito suddetto (art. 251), ne mutò radicalmente il carattere. Oggi il titolo cambiario contiene una promessa astratta, indipendente dai rapporti giuridici che è destinato a rappresentare. La legge non guarda che alla forma: ed è nella forma che sta la causa stessa dell'obbligazione.

Un principio così rigoroso, applicato nei primi tempi alla stipulazione romana nel modo più assoluto, subì nel diritto posteriore tali temperamenti, che finì per perdere tutta la primitiva sua forza. Venne un'epoca in cui fu possibile racchiudere nella formola interrogativa la causa materiale della promessa: di guisa che, mentre prima si diceva semplicemente: *centum dari spondes?*; in seguito si disse, per esempio: *centum, quae mihi ex empto debes, dari spondes?* La conseguenza che ne

derivò fu questa: che non si poteva agire per l' adempimento dell'obbligo, se la causa espressa nella domanda non era fondata: onde, nel caso citato se non vi era stata vendita, la stipulazione era nulla.

Ma, indipendentemente da ciò, anche quando nel conchiudere il contratto non si era indicata alcuna causa: se la causa non sussisteva, oppure se sussisteva bensì, ma era tale da non meritare la protezione della legge: anche in questi casi si accordarono al promittente mezzi di attacco e di difesa per togliere efficacia alla stipulazione. Mezzi di attacco, la *condictio indebiti promissi*, la *condictio sine causa*, la *condictio ob turpem causam*: mezzo di difesa, l' *exceptio doli generalis*, su la quale dobbiamo portare tutta la nostra attenzione.

Gaio (IV, 115-116ª):

« Sequitur ut de exceptionibus dispiciamus. Conparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit eum judicio condemnari. Veluti *si* stipulatus sim *a* te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere. »

Veniamo ora a discorrere delle eccezioni. Le eccezioni furono introdotte a difesa di coloro che sono convenuti in giudizio. Imperocchè spesso si verifica il caso, che altri sia tenuto per diritto civile, ma che sia iniquo condannarlo in giudizio. Ad esempio, se io abbia stipulato da te una somma di danaro come se te l'avessi consegnata a titolo di credito, ma in realtà non te l'abbia consegnata: non vi è dubbio che la detta somma ti si potrà richiedere, perchè tu sei civilmente tenuto a restituirla in forza della stipulazione; ma poichè è iniquo condannarti per tale titolo, si concede che tu possa difenderti con l'*exceptio doli mali*.

Un altro testo fondamentale riguardo alle eccezioni di dolo

6

è il fr. 2 § 3 *de doli mali et metus exceptione* 44, 4 (ULPIANUS *libro septuagensimo sexto ad edictum*):

« Circa primam speciem, quibus ex causis exceptio haec locum habeat, haec sunt, quae tractari possunt. si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit: licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere: et si cum interponeretur, iustam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est nec credidit et si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem. »

Quanto alla prima ipotesi, in quali casi la predetta eccezione possa aver luogo, è questo l' argomento da trattarsi. Se alcuno abbia stipulato da altri senza causa, e dipoi agisca in base alla stipulazione, certamente gli si potrà opporre la *exceptio doli*: poichè, sebbene nel tempo in cui si fece la stipulazione non si sia commesso dolo, tuttavia è da dire che egli commette dolo col contestare la lite, persistendo a domandare in base a quella stipulazione: e se quando si conchiudeva la stipulazione vi era una giusta causa di obbligarsi, ora sembra che non sussista alcuna causa idonea. Pertanto, se altri che stava per fare una prestazione abbia stipulato una somma ma non abbia poi eseguito la prestazione, ovvero se la stipulazione aveva qualche altra causa certa (il MOMMSEN fra *si* e *certa* inserisce *alia*), che non ha avuto seguito o è finita, si deve ritenere che l'eccezione nuocerà.

Il concetto che si ricava da questi passi è il seguente. Si tiene ferma in ogni caso la piena efficacia giuridica della stipulazione; però, quando questa è *sine causa*, o quando la causa esisteva in origine, ma posteriormente è venuta meno, l'azione rimane paralizzata dalla eccezione di dolo. In entrambi i casi, o che la *causa obligandi* non sia mai esistita, o che abbia cessato di essere, il dolo — dice Ulpiano — non vi fu al momento

della conchiusione del negozio giuridico, ma si commette proprio quando si sperimenta l'azione.

E' su questo concetto semplicissimo che riposa la distinzione fra la *exceptio doli generalis* e la *exceptio doli specialis*. Questa si oppone da colui che fu vittima del raggiro nel momento in cui si strinse il contratto; quella invece ha luogo, quando il rapporto giuridico non fu originariamente infetto da dolo, ma il dolo consiste appunto in ciò, che si agisce nelle condizioni attuali. Ciò spiega perchè la *exceptio doli generalis* è detta anche *doli praesentis*, in contrapposto alla *exceptio doli specialis vel praeteriti*: e spiega anche la formola dell' eccezione di dolo, che mette chiaramente in rilievo la differenza: « si nihil in ea re dolo malo *factum est*, vel *fiat*. »

Qualche esempio ci mostrerà meglio le conseguenze pratiche della distinzione. Se Tizio ha promesso mille perchè fu tratto in inganno, egli potrà difendersi con l'*exceptio doli specialis*; ma se, supponiamo, il proprietario di un fondo agisce in revindica e rifiuta di pagare le spese fatte dal possessore, egli esercita bensì il proprio diritto, ma lo esercita in condizioni inique: quindi il pretore s' interpone e accorda al convenuto l'*exceptio doli generalis*. Così anche nel caso nostro. La stipulazione ha tutti i requisiti richiesti per la sua validità; ma lo stipulante che agisce in base ad essa, sapendo che —almeno attualmente — è priva di causa, si rende colpevole di dolo: « hoc ipso quod agit, dolo facit », ed anche qui l'equità vuole che si accordi l'eccezione.

§ XXII.

Se la stipulazione abbia avuto origine da una causa turpe, gli effetti giuridici sono diversi secondo che la causa sia stata turpe per uno solo dei contraenti o per entrambi.

Fr. 8 *de condict. ob turp. vel iniust. caus.* 12, 5 (PAULUS *libro tertio quaestionum*):

« Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis, si petat, exceptione doli mali vel in factum summovere eum possis, tamen

si solveris, non posse te repetere, quoniam sublata proxima causa stipulationis, quae propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est turpitudo, superesset: porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse et ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum est. »

Se tu abbi promesso a Tizio per una causa turpe, ed egli agisca in base a questa promessa, tu potrai respingerlo con la *exceptio doli mali* o *in factum*. Tuttavia, se avrai pagato, non potrai ripetere: perchè, tolta di mezzo la causa prossima della stipulazione, la quale per l'eccezione diventa inefficace, resta la prima causa, cioè la turpitudine. Per conseguenza, se la causa sia turpe da parte così di chi dà come di chi riceve, deve essere preferito colui che possiede; e perciò la ripetizione vien meno, quantunque si sia pagato in base alla stipulazione.

Ecco dunque come si delinea la posizione giuridica di colui che è stato indotto ad obbligarsi da una causa turpe. Se non ha pagato, ed è convenuto per l'adempimento della promessa, può in ogni caso difendersi con la *exceptio doli*: perchè è vero che la stipulazione è valida per diritto civile, *iure civili tenet*, ma la turpitudine della causa rende iniqua l'azione. Se al contrario egli ha già pagato, si fanno tre ipotesi distinte. O la causa è turpe soltanto per colui che ha ricevuto il pagamento, *ex parte accipientis*, e allora si accorda la ripetizione; o, viceversa, è turpe solo *ex parte dantis*, da parte di chi ha pagato, e costui non può ripetere; o, finalmente, la causa è turpe per entrambi, e neppure in questo caso vi è luogo alla ripetizione. Infatti — dice il testo — ridotto nel nulla il contratto in forza della eccezione, non si può dire che il pagamento sia stato effettuato in base alla stipulazione, poichè questa più non esiste, bensì in base alla causa illecita: e allora, se la turpitudine della causa è stata comune ad entrambe le parti, essa fa sì che la legge non intervenga nè per far pagare nè per far restituire ciò che si è pagato: vale l'aforisma *melior est conditio possidentis*, chi ha avuto ha avuto.

Altri passi dello stesso titolo contengono un'esatta esemplificazione intorno ai principi esposti.

Causa turpe solo per chi riceve il pagamento: fr. 4 § 2 h. t. (ULPIANUS *libro vicensimo sexto ad edictum*): « Quotiens autem solius accipientis turpitudo versatur, Celsus ait repeti posse: veluti si tibi dedero, ne mihi iniuriam facias. » Si paga per evitare di essere diffamato: è la figura del ricatto giornalistico dei nostri giorni. La ripetizione si accorda.

Causa turpe solo per chi esegue il pagamento: § 3 eod.: « Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix. » Ciò che si dà alla meretrice non si può ripetere; ma non già per la ragione addotta da Labeone e da Marcello, che l'uno e l'altra siano mossi da una causa turpe, bensì perchè la turpitudine è solo da parte di chi paga. Infatti — dice il giureconsulto—è vero che ella esercita un mestiere turpe; ma, dal momento che lo esercita, non agisce turpemente ricevendosi il prezzo. Vi sarebbe molto da osservare su questo ragionamento; ma a noi non interessa che rilevare l' applicazione pratica della regola.

Causa turpe per entrambe le parti: pr. e § 1 eod.: « Idem si ob stuprum datum sit, vel si quis in adulterio deprehensus redemerit se: cessat enim repetitio, idque Sabinus et Pegasus responderunt. Item si dederit fur, ne proderetur, quoniam utriusque turpitudo versatur, cessat repetitio. » Ciò che si è pagato per commettere uno stupro, o da chi è stato sorpreso in adulterio per redimersi, o dal ladro per non essere denunziato, non è soggetto a ripetizione.

Vi è chi ritiene, che le soluzioni qui riferite siano applicabili anche in diritto moderno. A me, come alla maggior parte degli scrittori, non sembra che questa opinione sia sostenibile di fronte all' art. 1119 cod. civ., per cui l' obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa od illecita, *non può avere alcun effetto*. Ora, se in alcuni casi di turpitudine della causa non si ammettesse la ripetizione, ne avverrebbe il trasferimento della proprietà della cosa prestata in colui il quale

turpiter accipit : in altri termini, il pagamento eseguito in base a causa illecita produrrebbe un effetto giuridico che è escluso nel modo più reciso dalla disposizione dell'art. 1119.

§ XXIII.

Ciò che abbiamo finora esposto intorno all'influenza della causa nella stipulazione e ai modi onde tale influenza si fa valere per via di *condictiones* o della *exceptio doli generalis*, richiede come necessario complemento la determinazione precisa del concetto di *causa*. L'indagine è di capitale interesse, poichè riguarda uno dei punti più importanti e insieme più oscuri in tutta la teoria del negozio giuridico. Essa ha dato luogo ad un'estesa letteratura giuridica, e tutti gli scrittori se ne occupano: alcuni nella parte generale del negozio giuridico, altri nella parte speciale dei contratti.

La parola *causa* ha nelle fonti un gran numero di significati, dei quali due solamente noi dobbiamo ricercare: quello di causa in senso proprio, e quello di causa intesa come *motivo* determinante. In senso proprio poi, la causa può considerarsi da due diversi punti di vista : *oggettivo* e *soggettivo*.

Quando in forza di un negozio giuridico si fa un'attribuzione di carattere patrimoniale, sia che consista nella traslazione della proprietà o di un diritto reale, sia che si concreti nell'assunzione di un obbligo, essa deve avere un determinato scopo, giusta la legge di ordine generale da cui sono governati tutti gli avvenimenti, che non vi può essere effetto senza causa. Il diritto non fa che venire in sussidio di determinati interessi umani : in altri termini, quando si trova di fronte a un interesse degno della sua protezione, fornisce i mezzi adatti perchè possa praticamente attuarsi. Esso deve quindi studiare le cause che meritano tale protezione, ossia deve analizzare, in quali casi alla volontà umana si possa dare il sussidio della coazione giuridica.

Possiamo pertanto determinare il concetto di *causa* dal punto di vista oggettivo, come lo scopo concreto, il motivo ul-

timo per cui si assume l'obbligo di eseguire una prestazione.
Per ciò che si riferisce ai contratti bilaterali, non può sorgere dubbio su la natura della *causa* intesa in questo senso: poichè è chiaro che lo scopo della prestazione dell'uno dei contraenti è nella prestazione effettuata dall'altro. Così, per citare un esempio, nel contratto di compra-vendita si suol dire, che la causa dell'obbligazione del compratore sta nella consegna della cosa, e che viceversa la causa dell'obbligazione del venditore sta nel pagamento del prezzo. Da questo concetto, comune a tutti i contratti bilaterali, qualche moderno scrittore ha creduto di poter dedurre la conseguenza, che la *causa* s'identifica con l'*oggetto* dell'obbligazione. Questa inesatta teoria, professata fra i civilisti francesi dal LAURENT e presso di noi dal GIORGI, è stata acutamente confutata dal professor MILONE nella sua monografia su « *la causa nei negozi giuridici* » (pubblicata nel periodico « *Il Filangieri* », n. 6, 1898).

Nei contratti unilaterali invece la causa dell'obbligazione che si assume è una prestazione già eseguita: così il mutuatario, il depositario, il comodatario si obbligano a restituire la cosa, perchè l'hanno già ricevuta a titolo di mutuo, di deposito, di comodato. Infine negli atti in cui manca il correspettivo, come nella donazione, la causa consiste in uno scopo di beneficenza o nell'esercizio di una liberalità.

Conformemente a questi concetti la gran maggioranza degli scrittori afferma, che le varie prestazioni hanno luogo o *solvendi* o *credendi* o *donandi causa*, secondo che si effettuano in base a un contratto bilaterale, o unilaterale, o ad un atto mancante di correspettivo. Tuttavia non è esatto ridurre a questi tre tipi tutte le possibili cause di obbligazione. Un esempio di obbligazione con causa diversa si ha nel caso, che Tizio venga instituito erede sotto condizione di dare cento a Caio (*condicionis implendae causa*): qui infatti vi è una figura giuridica concreta la quale, chi ben osservi, non rientra in alcuna delle tre cennate categorie.

Dal lato soggettivo poi deve intendersi per *causa* la vo-

lontà individuale di effettuare la prestazione, avendo di mira un determinato scopo.

Ora, in che cosa differisce dalla *causa* il *motivo* determinante dell'obbligazione?

Riprendiamo l'esempio della compra-vendita. Sta bene che la causa in virtù della quale il compratore stringe il contratto sia la consegna da effettuarsi dal venditore; ma quale è stata la ragione pratica che lo ha indotto a comprare quella data cosa? Forse egli ne aveva bisogno, forse anche ha comprato per rendere un favore al venditore: mille altri possono essere stati i motivi che lo hanno spinto a contrattare. Qui si parla non già del motivo ultimo, cioè di quel motivo che precede immediatamente la dichiarazione di volontà, bensì del motivo che ha persuaso la parte alla conchiusione di quel dato negozio giuridico.

Riesce evidente che tale motivo, quantunque sia in strettissima connessione con la dichiarazione di volontà che ha presieduto al contratto, non può esercitare su questo alcuna influenza, a meno che le parti non l'abbiano espressamente o tacitamente elevato alla dignità di condizione per l'esistenza del contratto stesso. E invero, se si ammettesse un principio opposto, gravissimi danni ne deriverebbero alla sicurezza del commercio e alla stabilità dei rapporti giuridici. Supponiamo, a cagion d'esempio, che un impiegato abbia preso in fitto una casa nella città destinata come sua residenza, e che subito venga traslocato altrove: mancato il *motivo* del contratto di fitto, potrà questo rescindersi? Evidentemente no. Invece, se mi sia stata locata una finestra per assistere da essa al passaggio di un corteo, e questo prenda altra strada: il contratto in tal caso vien meno, essendo venuto meno il *motivo*, che ne formava parte integrante.

Il principio si applica eziandio a gli atti a titolo gratuito. Nella donazione la *causa*, ossia l'intenzione di beneficare, si fonda su un *motivo* concreto, cioè sui servigi dal beneficato prestati al donante, o su i meriti personali del donatario, ecc. Se questi motivi cessino di sussistere, la donazione tuttavia rimane ferma. Lo dicono espressamente i testi a proposito dei legati: « ratio legandi legato non cohaeret » (fr. 72 § 6 *de condic.*

et demonstr. etc. 35, 1): dove però – in riguardo alla particolare natura dei legati — si soggiunge, che l'inchiesta sui motivi i quali determinarono il legato si permette solo quando l'erede dimostri, che tali motivi furono unicamente quelli, e che non ve ne poteva essere nessun altro.

In definitiva diciamo che, quando si è fatta una prestazione in base a una determinata causa, che in seguito si dimostri insussistente, si può far dichiarare l'inefficacia della prestazione medesima. Tizio ha pagato una somma credendo di esserne debitore, mentre in realtà non lo era: avrà la *condictio indebili* per ripeterla. Se invece egli ha pagato per uno scopo che è venuto meno, può ripetere con la *condictio sine causa* o con la *condictio causa finita*, ovvero—se la prestazione fu da lui fatta in considerazione di un' altra prestazione che un altro avrebbe dovuto eseguire e non eseguì — con la *condictio causa data causa non secuta*. La determinazione esatta della differenza fra *causa* e *motivo* è essenziale per giudicare dell' ammessibilità delle dette *condictiones*.

Abbiamo così abbozzato, per quanto lo consentiva l' economia del lavoro, il concetto di *causa* dei negozi giuridici nelle sue linee fondamentali. Chi voglia formarsi un' idea completa delle svariate teorie che intorno all' importantissimo argomento hanno formulato gli scrittori, specialmente i pandettisti tedeschi, può consultare la succosa monografia del Milone, che unisce la chiarezza della forma alla profondità dei concetti.

§ XXIV.

Due altre figure di contratti verbali sono la *dictio dotis* e lo *iusiurandum liberti*. Esse hanno già una scarsa importanza nel diritto classico, e nel diritto giustinianeo se ne conserva appena la traccia.

I romani conobbero tre forme di costituzione di dote: *dos* — si diceva — *aut datur aut dicitur aut promittitur*. La prima delle suddette forme consisteva in una effettiva *datio*, ossia in una vera e propria attribuzione fatta al marito del diritto

che doveva formare il contenuto della dote: diritto di proprietà o di usufrutto o di credito, o qualunque altro diritto patrimoniale. Invece con la *dotis promissio* non si operava un trasferimento di diritti, bensì il costituente la dote si obbligava alla prestazione di essi in favore del marito.

La *dotis dictio* era identica negli effetti giuridici alla *dotis promissio*, e solo ne differiva dal lato della forma, poichè questa si faceva mediante la stipulazione e quindi vi concorrevano i due elementi della domanda e risposta, mentre quella consisteva in una promessa unilaterale indipendente da precedente interrogazione e da accettazione. Nè ha valore in contrario la testimonianza del celebre grammatico Donato, il quale nel commentario a Plauto scrive, che nella *dotis dictio* sono indispensabili la domanda e la risposta. Di fronte a quest'affermazione di uno scrittore non giuridico, certo è da dare maggior peso a un passo dell' *Epitome Visigoto*, in cui si dichiara nel modo più reciso, che la *dictio dotis* si conchiude *uno loquente* e *nulla praecedente interrogatione*.

Con tale mezzo la dote non poteva essere costituita se non dalla donna o da un ascendente paterno o da un debitore di lei. Le azioni a cui la *dictio* dava luogo erano la *condictio certae creditae pecuniae* e le altre che abbiamo veduto nascere dalla stipulazione.

§ XXV.

Lo *iusiurandum liberti* è un residuo dell'antica efficacia obbligatoria del giuramento. E' noto, che il liberto era tenuto a prestare al patrono le *operae officiales*, servigi di carattere puramente materiale derivanti come diretta conseguenza dallo *ius patronatus*; invece perchè si ritenesse vincolato a prestare le *operae fabriles* o *artificiales* occorreva che egli vi si fosse obbligato con una promessa formale. Questa promessa s'incarnava in un contratto *verbis*, che era il così detto *iusiurandum liberti*.

La necessità di creare a tale scopo una speciale figura di

contratto si spiega facilmente. Lo schiavo, per la sua giuridica incapacità, non poteva assumere obbligazioni civili, quindi non poteva prima della manomissione intervenire come promittente in una stipulazione; d'altra parte v'era pericolo che, una volta manomesso, egli rifiutasse di addossarsi l'obbligo di prestare le opere suddette. Per evitare lo scoglio si ricorse al ripiego di farlo giurare due volte, prima e dopo della manomissione. Quest'uso, invalso nell'epoca del diritto sacro, che attribuiva allo schiavo una certa capacità, si mantenne anche nel diritto posteriore, malgrado che questa parvenza di capacità fosse venuta meno.

Quale dei due giuramenti aveva vera forza obbligatoria? Nel Digesto vi sono due passi che si contradicono intorno a questo punto, poichè non concordano nel determinare il momento in cui il secondo giuramento doveva prestarsi. Il primo è il fr. 44 pr. *de liberali causa* 40,12 (VENULEIUS *libro septimo actionum*):

« Licet dubitatum antea fuit, utrum servus dumtaxat an libertus iurando patrono obligaretur in his quae libertatis causa imponuntur, tamen verius est non aliter quam liberum obligari. ideo autem solet iusiurandum a servis exigere, ut hi religione adstricti, posteaquam suae potestatis esse coepissent, iurandi necessitatem haberent, dummodo in continenti, cum manumissus est, aut iuret aut promittat. »

Sebbene per lo innanzi si sia dubitato, se il servo in qualità di servo oppure di liberto potesse per via di giuramento obbligarsi verso il patrono riguardo a quelle opere che s'impongono a causa della libertà; tuttavia è da ritenersi più conforme al vero, che egli non possa obbligarsi diversamente che essendo libero. Il giuramento poi si suole esigere da gli schiavi affinchè questi, costretti dal vincolo religioso, dopo essere diventati liberi si trovino nella necessità di giurare, purchè immediatamente dopo la manomissione o giurino o promettano.

Il giureconsulto accenna a un dubbio sorto intorno alla natura dei due giuramenti, e lo risolve nel senso, che solo il secondo ha vera efficacia giuridica, mentre il primo ha carattere

morale, mirando a nient'altro che a vincolare la coscienza dello schiavo perchè torni a giurare dopo la manomissione. Soggiunge, essere necessario per la validità del secondo giuramento, che esso si presti subito dopo la manomissione, *in continenti*: ovvero che vi si può supplire con una promessa — *aut iuret aut promittat* —, poichè per diritto classico in questo caso è indifferente servirsi della stipulazione piuttosto che del giuramento: entrambi sono contratti verbali, entrambi hanno la medesima forza obbligatoria.

L'altro testo è il fr. 7 § 2 *de operis libertorum* 38,1 (ULPIANUS *libro vicensimo octavo ad Sabinum*):

« Iurare autem debet post manumissionem, ut obligetur: et sive statim sive post tempus iuraverit, obligatur. »

Il liberto dève giurare dopo la manomissione perchè resti obbligato: e, sia che giuri subito o dopo un certo tempo, resta sempre obbligato. Ora, come si spiega l'intervallo che si accorda in questo testo di fronte all'*in continenti* usato nel fr. 44?

Per quanto si faccia onde eliminare la contradizione, sembra che ci troviamo in una via senza uscita, a meno che non si voglia ritenere alterato uno dei due frammenti. Forse la espressione *in continenti* si deve intendere mettendola in relazione con altri passi, in cui è usata con una certa larghezza, nel significato di *modicum tempus*, che combinerebbe col *post tempus* del fr. 7 § 2; ma con ciò non crediamo di aver dato una soluzione definitiva.

Gli effetti pratici dello *iusiurandum liberti* sono identici a quelli che derivano dalla stipulazione. Vi è una sola differenza per ciò che si riferisce all'azione: poichè anche quando con lo *iusiurandum* si siano promesse opere di carattere indeterminato, la formola dell'azione è certa.

II. Contratti letterali

§ I.

La seconda categoria di contratti formali ha ben poca importanza nel diritto giustinianeo, onde ne limitiamo la trattazione ai principi fondamentali.

Non si può intendere bene l'indole e la forma della *obligatio litteris* se non si ha idea dei libri che si solevano tenere da ogni buon cittadino romano per l'amministrazione dei propri affari. Tali libri erano di tre specie. Nel primo, al quale corrisponde in certa guisa il moderno *brogliaccio*, si segnavano giorno per giorno, alla rinfusa, i pagamenti eseguiti e quelli ricevuti, e in generale tutti gli affari interessanti il patrimonio, a misura che si conchiudevano. Alla fine del mese tutte le indicazioni così raccolte si trasportavano in un altro registro, detto libro dell'entrata e dell'uscita — *codex accepti et expensi* — appunto perchè era formato di due pagine, l'una delle quali conteneva le spese fatte e l'altra le entrate riscosse. In questo libro pertanto le operazioni eseguite durante il mese venivano ordinate e classificate avendo riguardo all'indole loro attiva o passiva. Vi si annotavano eziandio — come ne fanno fede scrittori non giuridici — le cause che avevano dato luogo all'operazione ed il nome della persona o delle persone con le quali era stata conchiusa.

Il terzo libro era il *calendarium*, in cui si segnavano le scadenze degl'interessi dei mutui fatti. Era detto *calendarium* perchè a Roma gl'interessi si calcolavano e si pagavano mensilmente, e serviva, come è naturale, solo alle persone che davano danaro a mutuo.

Nel diritto classico l'*obligatio litteris* trovasi strettamente collegata al *codex accepti et expensi*. Non bisogna credere però, che qualunque annotazione eseguita nel registro produ-

ceva un obbligo letterale. Quando il cittadino scriveva, per e-sempio, nel foglio dei pagamenti di aver consegnato una determinata somma di danaro, con ciò non faceva che dichiarare l'esistenza di un' operazione effettivamente compiuta. Si dava luogo cosi ad un'obbligazione di indole reale — nella specie ad un' obbligazione di mutuo — ma non si creava una *obligatio litterarum*. L'inscrizione non era che una prova del contratto avvenuto. Le annotazioni fatte in questa forma sono dette da Gaio *nomina arcaria*, per distinguerle dai *nomina transcripticia* da cui hanno origine i contratti letterali.

Gaio (III, 131):

« Alia causa est eorum nominum quae arcaria vocantur. In his enim re*i*, non litterarum obligatio consistit, qui*p*pe non aliter vale*nt*, quam si numerata sit pecunia ; numeratio autem pecuniae r*e* facit obligationem. Qu*a* de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere. »

Diversa è la condizione giuridica dei crediti che si chiamano *di cassa*. Questi infatti contengono un' obbligazione reale, non letterale, poichè hanno efficacia non altrimenti che se si fosse versata la somma di danaro : e il versamento del danaro dà vita ad un'obbligazione reale. Per tale ragione sarà corretto dire, che i *nomina arcaria* non creano alcuna obbligazione, ma rendono testimonianza dell'obbligazione creata. Ecco dunque in questo frammento di Gaio posta nettamente la distinzione, che si ripete ad ogni istante anche nel diritto moderno, fra scritture *ad substantiam* e scritture *ad probationem*.

La creazione dell'obbligo letterale avviene, come si è detto, per via dei *nomina transcripticia*. Gaio dice che la *transcriptio* è di due maniere, *a re in personam* e *a persona in personam* (III, 128-130):

« Litteris obligatio fit veluti *nominibus* trannscripticiis. Fit a*utem* nomen transscripticium duplici modo, vel a re in personam vel a p*er*sona in person*am*. *A re in personam transscriptio* fit, veluti si id quod *tu* ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. A

persona in personam transscriptio fit, veluti si id quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est si Titius te delegaverit mihi. »

La *transcriptio* dalla cosa nella persona ha luogo — scrive il giureconsulto — quando ciò che tu mi devi a titolo di compra-vendita o di locazione o di società io lo porti nel registro come pagato. Il modo materiale con cui l' operazione si eseguiva era il seguente. Tizio, essendo creditore verso Caio di cento, prezzo della cosa vendutagli, voleva trasformare quest'obbligo reale in un obbligo letterale. A tal uopo egli scriveva nella pagina dell' *acceptum* di aver ricevuto cento da Caio, e nella pagina dell'*expensum*, di avergli consegnato cento. Così si estingueva il credito primitivo derivante dal contratto di compra-vendita, e sorgeva una nuova obbligazione, che dicevasi *letterale*. L' annotazione nel registro lasciava intatto il contenuto dell'obbligo, e soltanto ne mutava la forma.

Quanto alla *transcriptio* da persona a persona, essa si ha — continua Gaio — quando ciò che Tizio deve a me io lo segno nella colonna dell' *expensum* a carico tuo, nel caso che Tizio ti abbia delegato a pagarmi. È, come si scorge a prima vista, la figura giuridica della moderna cessione. Anche per la *transcriptio a persona in personam* si fa una doppia inscrizione nel registro, dal lato dell' *acceptum* e dal lato dell' *expensum*: la prima estingue il credito antico, la seconda ne crea uno nuovo verso il terzo che subentra nell'obbligo del pagamento.

§ II.

Fermato così il concetto, ci affrettiamo a soggiungere che tutta la teoria dei contratti letterali è piena di gravi incertezze: si può dire anzi, che nessun raggio di luce nuova è venuto a rischiararla dopo il prezioso libro del KELLER, che rimonta a mezzo secolo fa. Andrei troppo lontano volendo riferire tutte le controversie che tuttora si agitano su la materia: però credo di non poter tacere di due punti, che riguardano da vicino il modo di formazione della *obligatio litteris*.

Primo punto: occorreva, perchè sorgesse l'obbligo letterale, che l'annotazione fosse fatta sul registro del solo creditore, o era necessario che si eseguisse altresì su quello del debitore?

Secondo punto: volendo creare un obbligo letterale, l'inscrizione doveva farsi solo dal lato dell'*expensum*, o anche da quello dell'*acceptum*?

Su la prima questione sono d'accordo col KELLER, il quale ritiene che era sufficiente l'inscrizione sul libro del creditore. Non posso invece, per quanto grande sia l'autorità del KELLER, accettare la soluzione che egli dà della seconda, nel senso che il credito doveva annotarsi su entrambe le pagine. La tesi contraria ha un valido appoggio nella espressione di Gaio *expensum tulero*, ripetuta per ben due volte nei §§ 128 e 130 cit., senza che accanto ad essa si faccia alcuna menzione dell'*acceptum*. E se non bastasse questa considerazione di indiscutibile evidenza, un argomento decisivo si potrebbe trarre dal § 137 dello stesso libro:

« Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur. » Qui si enumerano le cause che dànno origine alle varie specie di contratti, e si dice che nei contratti consensuali la causa è il consenso, per cui uno si obbliga *ex bono et aequo* ad effettuare una prestazione: nei contratti verbali è la domanda da una parte e la risposta dall'altra (*cum alius stipuletur, alius promittat*): nei contratti letterali è la *expensi latio* da parte del creditore. Ora, come si spiegherebbe che Gaio, mentre è così preciso nel determinare i fatti generatori dei contratti consensuali e di quelli verbali, trascuri poi nei contratti letterali un elemento essenziale alla loro formazione, quale si pretende che sia l'annotazione nell'*acceptum*? Se egli parla del solo *expensum*, significa che oltre l'inscrizione nell'*expensum* non si richiedeva altro. Nè vale a distruggere questa induzione un passo di uno scrittore non giuridico, in cui si afferma la necessità della doppia inscrizione. Prima di tutto, fra Gaio e uno scrit-

tore non giuridico bisogna senz'altro dare la preferenza al primo: d'altronde è da notare che la lezione del passo che si cita è incerta, e che solo per via di congettura vi s'introduce la parola *acceptum*, mentre su l'accenno all' *expensum* non cade alcun dubbio. Tutte queste ragioni mi persuadono a ritenere, che nel diritto classico bastava, perchè sorgesse l'obbligazione letterale, la semplice annotazione fatta dal creditore alla pagina dell' *expensum*.

§ III.

Il contratto letterale era *iuris civilis* e *stricti iuris*, e si faceva valere con l'*actio certae creditae pecuniae*. La *expensi latio* dunque si accomunava, per quanto si riferiva all'azione, sia con la *stipulatio* avente per oggetto una determinata somma di danaro sia con la *datio*. E' sotto questo rispetto che va inteso ciò che scrive Cicerone (*pro Rosc*. c. 5): « pecuniaria necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sint. »

§ IV.

Un altro tipo di contratto letterale, proprio del diritto peregrino, ci è stato conservato da Gaio (III, 134):

« Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat; ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est. »

Questo testo ci dice, che per la creazione della *litterarum obligatio* i peregrini solevano usare due sorta di scritture, dette chirografi e singrafe. Come si rileva anche dalla etimologia dei due vocaboli, quelle consistevano in una dichiarazione scritta di propria mano da colui che assumeva l'obbligo; le altre invece richiedevano per la loro formazione il concorso di entrambe le parti contraenti. La sottoscrizione di cui erano munite non si deve intendere nel significato moderno: essa si eseguiva per lo più apponendo all'atto il suggello e talvolta il no-

me del creditore e dell' obbligato. Ordinariamente erano redatte in doppio originale: in mancanza di ciò, sembra accertato che s'introdusse la cautela di depositarle nelle mani di un terzo.

Quanto alla natura giuridica di tali scritture, era opinione diffusa presso gli antichi, che esse partorissero una vera e propria obbligazione letterale: in altre parole, che avessero il valore di documenti *ad solemnitatem*, non *ad probationem* soltanto. Questo concetto ha avuto un vigoroso contradittore nello GNEIST, il quale nella sua opera sui contratti verbali ha cercato di stabilire, che entrambe le suddette specie di scritture non avevano efficacia che di un documento probatorio.

La teoria dello GNEIST, se è interamente accettabile per quanto riguarda i chirografi; rispetto alle singrafe invece non è stata confermata da recenti ricerche storiche. Il MITTEIS, nel suo libro intorno al « diritto dell' impero e diritto del popolo », si occupa della controversia, e per via di una rigorosa dimostrazione perviene a un risultato affatto diverso. Egli ritiene, che nelle provincie greche e orientali esistevano, per derivazione dell'antico diritto greco, alcune scritture che avevano il vero carattere di obbligazioni letterali, poichè bastava per creare l'obbligo il solo fatto di averne dichiarato nello scritto l'esistenza: tali scritture erano appunto le singrafe a cui accenna Gaio. Fra i numerosi documenti di diritto greco che l'illustre professore di Vienna riporta e commenta a sostegno della sua tesi, ha speciale importanza un passo dello pseudo-Asconio, dove si afferma che l'efficacia giuridica della scrittura non veniva meno, quand' anche l' obbligazione in essa contenuta si chiarisse contraria al vero. Allo stato attuale della dottrina è dunque da ritenersi, che nelle provincie orientali e greche dalle singrafe poteva nascere l'obbligo letterale.

Un punto di difficilissima soluzione consiste nel sapere, fino a qual tempo si mantenne in vigore questa forma di scrittura. Secondo una congettura del MITTEIS, essa scomparve con la costituzione di Caracalla che dichiarò cittadini romani tutti i sudditi dell' impero. Caduta infatti la distinzione fra romani e peregrini nel senso di appartenenti a provincie extra italiche, non

v'era ragione di lasciar sussistere per costoro una forma speciale di obbligazione letterale, quando potevano ricorrere alle forme del diritto civile.

§ V.

L'obbligazione letterale, nella forma in cui la troviamo nel diritto antico, fondata principalmente su la onestà e la lealtà del creditore e del debitore, venne meno quando, aumentando la corruzione in Roma, nei rapporti giuridici imperò sovrana la mala fede. Già nei primi secoli dell'impero, sotto Antonino Severo e Caracalla, non se ne trova più traccia: e quantunque Gaio ne parli come di cosa in uso ai suoi tempi, è certo che nell'epoca giustinianea era completamente tramontata la consuetudine dei *codices* e dei *nomina transcripticia*.

Si deve per diritto giustinianeo ritenere, che esista la figura giuridica del contratto letterale? Vi sono seri dubbi in proposito, generati dal modo come è concepito un passo delle Istituzioni, tit. *de litt. oblig.* 3,21:

« Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu. plane si quis debere se scripserit, quod numeratum ei non est. de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim saepissime constitutum est. sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur: et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione... »

Anticamente l'obbligazione sorgeva in base alla scrittura: onde si diceva che si effettuava per via di *nomina*, i quali oggi non sono più in uso. Quindi, se alcuno avrà scritto di essere obbligato a dare ciò che non gli è stato pagato, non potrà dopo molto tempo opporre la *exceptio non numeratae pecuniae*: e ciò trovasi stabilito in parecchie costituzioni imperiali. Per tal modo avviene anche per il diritto vigente, che, quando non è più possibile ricorrere alla detta *querela*, la scrittura obbliga: e da questa nasce la *condictio*, quand'anche non sussista obbligazione verbale.

Con l' affermazione contenuta in questo frammento, che, quando sia decorso il termine utile per opporre alla scrittura la *exceptio non numeratae pecuniae* o per attaccarla con la *querela* a questa corrispondente, la scrittura obbliga come se il danaro fosse stato effettivamente pagato si è voluto ricostruire una forma di contratto letterale che sarebbe stata ammessa nel diritto giustinianeo.

Osserviamo intanto, che i sostenitori di questa teorica fanno una vera e propria confusione fra scritture *ad solemnitatem* e scritture *ad probationem*. Il testo si esprime in modo, da non lasciar dubbio alcuno che fonte dell'obbligo sia la *numeratio*: la scrittura intanto obbliga in quanto prova che la *numeratio* è avvenuta.

Del resto la questione non si può intendere, se non la si fa precedere dallo studio della *exceptio non numeratae pecuniae*, della quale dovrei quindi determinare ora il carattere e la portata; ma siccome essa ha la sua sede naturale nella trattazione del mutuo, è perciò che mi riserbo di esaminare in sèguito la gravissima controversia.

B. — Contratti non formali

I. *Contratti reali*

§ I.

Si dice dai giureconsulti romani, che l' obbligazione *nascitur re* quando sorge in base alla rimessione di una cosa da una persona ad un'altra persona. In altri termini, la prestazione effettiva di una cosa fra persone diverse è l' elemento essenziale che dà vita e forma giuridica al contratto reale.

Questo principio dominante nella materia si riscontra esatto, applicandolo al concetto particolare di ciascuna delle

quattro specie di contratti reali. Nel mutuo , nel deposito , nel comodato , il mutuatario il depositario il comodatario in tanto hanno l'obbligo di restituire la cosa , in quanto l'abbiano effettivamente ricevuta: nel pegno , il creditore pignoratizio deve restituire la cosa pignorata solo quando questa gli sia stata realmente consegnata.

§ II.

Il più importante dei contratti reali è il *mutuum*, del quale si ha una specie di definizione nel fr. 1 § 2 *de oblig. et act.* 44,7 (Gaius *libro secundo aureorum*):

« Re contrahitur obligatio mutui datione. mutui autem datio consistit in his rebus , quae pondere numero mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata , quas res in hoc damus, ut fiant accipientis , postea alias recepturi eiusdem generi et qualitatis. »

Con la dazione a mutuo si conchiude una obbligazione *re*. La dazione a mutuo ha luogo relativamente a quelle cose che si determinano a peso numero o misura , come il vino l'olio il frumento il danaro: le quali cose noi diamo allo scopo , che diventino di proprietà di colui che le riceve, per averne poscia altre cose identiche rispetto al genere e alla qualità.

Il mutuo dunque è concepito come un contratto reale per cui si trasferisce la proprietà di cose fungibili al mutuatario, il quale si obbliga di restituirle dopo un certo tempo in egual qualità e quantità. La definizione pecca per eccesso e per difetto, come dimostreremo in appresso.

§ III.

Un punto importante dal lato storico non solo , ma anche perchè può servire di guida nella soluzione di parecchie questioni, consiste nel determinare , in qual modo il contratto di mutuo abbia avuto ricognizione nell'ordinamento giuridico. Contratti non solenni non ne riconobbe l'antico diritto, nel

quale era il *nexum* che compieva praticamente la funzione assegnata dipoi al mutuo: e per conseguenza non v'era azione a tutela di un rapporto contrattuale di questo genere. Si tratta dunque d'indagare, quale fu il germe che sviluppandosi diede forma ed efficacia giuridica al mutuo.

Secondo l'opinione espressa dal MOMMSEN nel suo « diritto pubblico », e seguita dal PERNICE nel terzo volume della sua opera su Labeone, la ricognizione del contratto di mutuo fu dovuta al principio, che nessuno può ritenere ciò che non gli appartiene. Quando si consegnava, per esempio, una somma di danaro, e si conveniva l'obbligo della restituzione: in origine questo accordo fra le parti non aveva efficacia alcuna di fronte al diritto; ma siccome la conseguenza rigorosa della inanità dell'accordo sarebbe stata contraria ai principi della buona fede, poichè il debitore avrebbe potuto appropriarsi per una causa ingiusta del danaro altrui: per ciò la somma consegnata si poteva ripetere con la *condictio ob iniustam causam.* Non diverso è il concetto informatore della teoria delle obbligazioni letterali: come non diverso è il fondamento delle *condictiones ob causam*, delle quali abbiamo tenuto parola nella trattazione dei contratti verbali.

L'azione per ottenere la restituzione di ciò che si era dato a prestito sorgeva dunque a garanzia della buona fede, indipendentemente dall'accordo intervenuto. Tale ipotesi, che stabilisce un rapporto di filiazione fra l'azione derivante dal mutuo e la *condictio ob iniustam causam*, ci persuade principalmente per il riflesso, che questa rimonta ad un'epoca antichissima, poichè è anteriore alla *legis actio per condictionem* introdotta dalla legge Calpurnia *de omni certa re* (605), la quale si occupa in ispecial modo dell'azione di prevaricazione contro i magistrati per ciò che avessero ingiustamente percepito da un suddito romano. Inoltre questa parentela da cui si presentano unite le due *condictiones* nella loro origine storica è forse l'unica congettura, che valga a spiegarci alcune peculiarità dell'*actio certae creditae pecuniae*: per esempio il principio, che in base ad essa

non si poteva chiedere più di quanto si era dato, malgrado patto contrario, e che con essa era tenuto anche il pupillo.

§ IV.

Torniamo ora alla definizione romana del mutuo. Essa — come accennavamo — pecca anzitutto per eccesso, imperocchè adopera una dizione larghissima nella quale si possono far rientrare altre svariate figure di contratti. Ritenendola alla lettera, si verrebbero a confondere col mutuo il quasi-usufrutto e il deposito irregolare: non v'è dubbio, infatti, che nel quasi-usufruttuario e nel depositario — quando si tratta di deposito irregolare — si trasferisce la proprietà di cose fungibili, con l'obbligo della restituzione.

Molti altri casi si possono configurare, che vanno compresi nella definizione ma esorbitano dal concetto del mutuo. Un capitalista ed un operaio stringono un contratto di società, obbligandosi il primo a fornire i fondi necessari all'impresa, l'altro il lavoro: intanto, perchè l'operaio possa far fronte ai bisogni della vita durante il periodo che passerà prima che si si realizzino gli utili del contratto, il capitalista si obbliga a pagargli un assegno mensile, da scomputarsi in sèguito su le singole rate di lucro. Ancora: un municipio, nella concessione di un'opera o di un pubblico servizio, pattuisce con l'appaltatore il pagamento anticipato di una parte del correspettivo, che si scomputerà su le rate a venire. In entrambi questi casi avviene la traslazione della proprietà di una somma di danaro con l'obbligo di restituirla, e intanto essi non costituiscono che condizioni del contratto di società e di quello di appalto. Nè l'uno nè l'altro sono mutui.

Si rende quindi indispensabile sceverare la figura giuridica del mutuo da queste altre che hanno con essa un'attinenza formale. Ciò si ottiene considerando lo scopo economico della traslazione della cosa, il quale nel mutuo consiste in un prestito che si vuol fare, mentre è diverso negli altri contratti accennati. E questo elemento viene infatti introdotto nella definizio-

ne del mutuo da molti pandettisti e civilisti stranieri: citiamo fra i primi il DERNBURG, fra i secondi l'austriaco SCHEY. I trattati italiani non fanno che ripetere o parafrasare la definizione romana, o quella, in verità non molto precisa, data dal codice civile nell'art. 1819.

La consegna di una somma di danaro si fa con lo scopo, che il mutuatario ne usi: « pecunia utenda datur, numeratur » sono espressioni che s' incontrano ad ogni passo in una lunga serie di frammenti. Da questo lato dunque il mutuo si confonderebbe col comodato: onde altri testi — fra gli altri il fr. 18 pr. e § 1 *de reb. cred. etc.* 12, 1 — insegnano, che per tener distinte le due figure si deve por mente, che nel mutuo elemento essenziale del contratto è la *consumptio* delle cose prestate. La differenza si rivela in maniera ancor più spiccata in qualche luogo di scrittore non giuridico: così Plauto chiama il danaro dato a mutuo *pecunia locata*, quasi ad indicare che per l'interesse si dà il diritto di servirsi del danaro, appunto come per la pigione o per l'affitto si concede il godimento della casa o del fondo.

§ V.

Una conferma del concetto, che il mutuo consisteva in un prestito di cose, fatto al mutuatario perchè questi ne usasse e le consumasse per i suoi bisogni, si ricava dall' induzione storica. Anticamente il mutuo era un contratto a titolo gratuito. Era l' amico che veniva in soccorso all' amico, prestandogli le cose che gli facevano difetto. L' HUSCHKE conforta questa ipotesi con una ragione etimologica, facendo derivare la voce *mutuo* dalla forma μοὶ τόν, in uso nella Magna Grecia: *a me il tuo.*

Certo, non v'è bisogno di ricorrere a queste stiracchiature per affermare, che il mutuo ebbe in origine la figura di un contratto di beneficenza. Ce lo proverebbe, quand' anche mancassero altri elementi, l'organizzazione primitiva della famiglia romana. E' noto che in Roma la cellula dello stato fu la *gens*, e che nell' ambito di questa vi erano svariatissimi obblighi

di carattere morale fra i *congentiles*: dei quali obblighi ricordiamo il riscatto obbligatorio dei prigionieri e il pagamento reciproco delle multe. Ed ecco dunque come, per effetto di questa condizione sociale, nacque il contratto di mutuo con una fisonomia propria, della quale rimasero indelebili le tracce anche quando il progredire della civiltà e l'evoluzione giuridica ne ebbero trasformato completamente il carattere originario.

E poichè abbiamo accennato all'etimologia della parola *mutuo*, notiamo che le fonti ne assegnano una diversa, ma non meno caratteristica di quella voluta dall'HUSCHKE. « Appellata est autem mutui datio ab eo, quod DE MEO TUUM fit » scrive Paolo nel commentario all'editto (fr. 2 § 2 *de reb. cred. etc.*), e riscontrasi anche nelle Istituzioni (pr. *quib. mod. re contrah. oblig.* 3,14) ed in Gaio (III, 90): *mutuo*, quindi, deriverebbe da ciò, che la cosa mia diventa di proprietà tua. Però è forse da ritenere esatta l'osservazione fatta da qualche scrittore, secondo cui anzichè ricercare l'etimologia i testi citati non abbiano inteso se non scolpire nella mente dei principianti, con una formola ricavata dal vocabolo stesso, un elemento essenziale della definizione del contratto, qual è appunto il passaggio della proprietà.

§ VI.

Considerata da un altro punto di vista, la definizione romana del mutuo pecca per difetto. E' impreciso affermare, che per esservi il contratto di mutuo si deve verificare sempre il trapasso della proprietà di cose fungibili. Senza dubbio, è questa la forma di mutuo più comunemente usata, ed è poi l'unica da cui possa derivare la conseguenza economica, dianzi avvisata come uno dei caratteri distintivi del mutuo, della *consumptio* della cosa prestata in sèguito all'uso fattone dal mutuatario. Ma accanto ad essa se ne trovano altre, che i giureconsulti sono costretti ad ammettere come deroghe al tipo fondamentale: « singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam » (fr. 15 *de reb. cred. etc.*).

Esamineremo a suo luogo queste figure di diritto singolare

a cui allude il passo. Qui ne accenniamo qualcuna. Tizio consegna una determinata cosa ad un terzo per conto di Caio: i bisogni pratici del commercio fecero ritenere un tal negozio giuridico come mutuo. Altro caso anormale: si consegna una cosa non fungibile, dando al mutuatario il diritto di venderla e di ritenere il prezzo a titolo di mutuo. Nella prima ipotesi, manca il trapasso della proprietà: nella seconda, oggetto della prestazione è una cosa non fungibile; e pure l'una e l'altra si riferiscono a mutui.

Queste brevi considerazioni sono sufficienti a dimostrare l'inesattezza della definizione contenuta nel fr. 1 § 2 cit. Molte altre se ne potrebbero fare a riprova del nostro assunto, e le rileveremo man mano che si presenteranno lungo la esposizione della teoria del mutuo.

§ VII.

Da gli scrittori moderni è accettata generalmente la seguente definizione: « Il mutuo è un contratto reale per cui si rilascia ad altri un capitale perchè ne goda per un tempo determinato. »

Analizziamo nei suoi elementi constitutivi questa definizione, incominciando dall'elemento reale, che consiste nel rilascio di un capitale. Le forme con cui questo rilascio aveva luogo furono diverse nei diversi periodi storici dello svolgimento del diritto in Roma, e nell'epoca moderna si sono a tale riguardo sorpassati di gran lunga gli ultimi risultati della giurisprudenza romana. E' interessante notare i punti più importanti di questo processo storico.

Il concetto primitivo del contratto di mutuo importava il trasferimento della proprietà di cose fungibili nel mutuatario, con l' obbligo della restituzione. Al passaggio della proprietà, al *de meo fit tuum* si riferisce il fr. 2 § 4 h. t. (Paulus *libro vicensimo octavo ad edictum*):

« In mutui datione oportet dominum esse dantem... » Nella dazione di mutuo occorre che chi dà sia proprietario: invero,

se non lo è, non può trasferire in altri la proprietà: *nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet.*

Quanto alla natura delle cose che si possono dare a mutuo, così si esprime il § 1 eod.:

« Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam in eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditore solvi non potest. »

La dazione di mutuo consiste in quelle cose, le quali si pesano, si numerano, si misurano: imperocchè con la traslazione della proprietà di queste cose noi possiamo fare un credito, potendo esse venir sostituite nel genere loro piuttosto che nella specie. Invece con cose d'indole diversa non potremmo far credito, per la ragione, che contro la volontà del creditore non si può pagare una cosa per un'altra. Si noti qui il significato romano delle parole *genus* e *species*, di cui l'una vien riferita alle cose in quanto appartengono a una certa categoria, l'altra a gli oggetti individuamente determinati. Questi — si dice — non possono darsi a titolo di mutuo, perchè, quando il debitore li avesse consumati, non potrebbe più restituirli, e dovrebbe dare in pagamento una cosa diversa, contro il principio *aliud pro alio invito creditore solvi non potest*: pertanto le sole cose fungibili possono formar oggetto del mutuo, poichè solo per esse vi è la possibilità di sostituirle nella restituzione con cose dell'identico genere.

Occorre fermarsi sul significato preciso della espressione *cose fungibili* adoperata nel testo. Per *fungibile* s'intende — come è risaputo — ogni cosa che può essere giuridicamente sostituita da un'altra. Ora, chi ben consideri, la fungibilità si può concepire in due maniere diverse. In un senso astratto, si può dare la qualifica di fungibile a qualsiasi cosa: perchè una cosa che per propria natura non sarebbe sostituibile può diventare tale in sèguito ad accordo fra le parti. Nelle idee correnti nel commercio il concetto si specifica, si restringe, in quanto che

lo si riferisce soltanto a quelle cose *quae pondere numero mensura consistunt,* e che si consumano mediante l'uso.

Date queste nozioni, ci domandiamo: la fungibilità di cui è parola rispetto al mutuo è forse quella, larghissima, della prima specie? Tizio trasferisce a Caio la proprietà della casa A, perchè ne usi e gli restituisca poi la casa B. Vi sarà in questo accordo un contratto di mutuo?

Razionalmente, non vi sarebbe alcuna difficoltà ad ammetterlo: ma per ciò che riguarda l'ordinamento positivo è certo, che i giureconsulti intesero il concetto di fungibilità, relativamente alle cose mutuabili, nel senso più ristretto dianzi accennato. Ciò si ricava, oltre che da vari passi del Digesto e delle Istituzioni, anche da un frammento di Ulpiano, che fa parte di quelli scoperti nel 1835 dallo Endlicher nella biblioteca palatina di Vienna (II, 1):

«... *non eadem corpora* reddis, quae accepisti, sed aliam pecuniam ejusdem quantitatis. Mutuae autem dari possunt res non aliae quam quae pondere numero mensura continentur.»

Dal fatto, che il mutuo consisteva nella traslazione della proprietà di cose fungibili, molti scrittori, fondandosi anche su l'autorità di recenti economisti, argomentano che, in Roma come presso gli altri popoli, oggetto del contratto di mutuo nelle prime sue origini dovettero essere le cose fungibili necessarie per la sodisfazione dei bisogni strettamente personali. Scopi del mutuo sarebbero stati, quindi, l'alimentazione degl'individui e la conservazione del genere mutuato. L'Huschke anzi asserisce a questo proposito, che il diritto che si acquistava dal mutuante su la persona del mutuatario si spiega appunto col riflesso, che i generi alimentari, i quali furono un tempo le sole cose mutuabili, si assimilavano dal debitore, venendo così a formar parte del corpo di lui.

Senza indugiarci su questa ipotesi, sottile per quanto arrischiata, siamo autorizzati dalle ricerche storiche non meno che dalla induzione logica ad accettare l'opinione surriferita ed a ricostruire, su le tracce di questa, la funzione pratica primitiva del mutuo e il modo con cui si attuava. Quando uno aveva

bisogno di un determinato genere, lo chiedeva a un altro che per il momento ne sovrabbondava: questi naturalmente trovava vantaggio a consegnarlo, poichè si sottraeva così al rischio di possibili deterioramenti, ove avesse dovuto ritenerlo a lungo presso di sè. Eseguito il trasferimento della cosa, il ricevente se ne serviva non solo per la propria alimentazione, ma anche per la riproduzione, mediante la semina o altro modo adatto: venuta la scadenza, restituiva l'identico *genus*. E' in questi tre momenti della consegna, della conservazione e della riconsegna che s'incarna il tipo originario del contratto di mutuo.

Non sì tosto fu inventata la moneta, si può dire che questa formò normalmente oggetto del contratto. Arrivata a questo punto l'evoluzione del concetto di mutuo, ne scompare del tutto il carattere economico primitivo. Scopi essenziali del mutuo di danaro non si considerano il provvedere ai bisogni urgenti del mutuatario e il conservare il genere per via della riproduzione: invero così il mutuatario nel ricevere il danaro come il mutuante nel riprenderlo possono farlo servire a innumerevoli scopi.

Tuttavia si mantenne fermo, anche nei tempi storici del diritto romano, il principio, che oggetto del mutuo potesse essere non solo il danaro, ma qualunque altra cosa fungibile. Una prova se ne ha nel fr. 5 § 14 *de instit. act.* 14, 3 (ULPIANUS *libro vicensimo octavo ad edictum*):

« Si ei, quem ad vendendum emendumve oleum praeposui, mutuum oleum datum sit, dicendum erit institoriam locum habere. » Se a colui, il quale io preposi a vendere o a comprare olio, *sia stato dato in mutuo dell'olio*, si deve dire che vi è luogo all'*actio institoria*.

Si tratta di ciò: un institore, addetto a comprare olio per rivenderlo, trovandosi in un dato momento il negozio sfornito di olio, se ne fa prestare una certa quantità da persona amica. Si domanda: era egli autorizzato a contrarre il mutuo, e potrà quindi il mutuante rivolgersi contro il preponente con l'*actio institoria*? La risposta è affermativa, perchè il concetto informatore della preposizione è, che l'institore ha diritto non

solo di comprare e di rivendere, ma ancora di porre in essere tutti gli altri negozi giuridici che possono essere necessari nell'esercizio di quel determinato ramo di commercio.

Un altro caso si ha in un aneddoto riferito da uno scrittore non giuridico. Giulio Cesare voleva comprare da un tale Irrio alcune murene; ma costui rifiutò di vendergliele, e preferì dargliele a prestito. Qui si ha un contratto di mutuo relativo a cose che a rigore sarebbero non fungibili; nondimeno lo si ammette, potendo le murene numerarsi e pesarsi.

§ VIII.

Altre modifiche arrecò l'evoluzione giuridica al concetto di mutuo circa i modi di attribuire al mutuatario la proprietà delle cose prestate.

Il trasferimento della proprietà fu nei primi tempi un requisito essenziale per l'esistenza del mutuo. Lo afferma recisamente il fr. 2 § 2 h. t. (PAULUS *libro vicensimo octavo ad edictum*):

« Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: et ideo, si non fiat tuum, non nascitur obligatio. » La dazione di mutuo è stata detta così, perchè ciò che appartiene a me diventa di proprietà tua: e pertanto, se manca il trasferimento di proprietà, non sorge l'obbligazione.

Per trasferire la proprietà delle cose che si volevano dare a mutuo si ricorreva a tutti i mezzi comunemente adoperati per questo fine. Trattandosi di *res nec mancipi*, il mezzo ordinario era la tradizione, che si effettuava o con la consegna materiale o col dare ordine al mutuatario di servirsi della cosa, o con gli altri svariati modi dei quali si suol trattare nella teoria del possesso.

Due casi speciali di mutuo in cui si verifica il trapasso della proprietà indipendentemente dalla consegna materiale della cosa sono contemplati in due passi del titolo *de rebus creditis*.

Fr. 9 § 9 h. t. (ULPIANUS *libro vicensimo sexto ad edictum*):

« Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici. »

Fr. 10 eod. (IDEM *libro secundo ad edictum*):

« Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi si voles permisero, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum. »

Depositai presso di te dieci, poi ti permisi di usarne. Nerva e Proculo dicono, che questi dieci possono essere domandati con la *condictio*, quasi fossero stati dati a mutuo, anche prima che il depositario se ne serva: e ciò è esatto, come sembra anche a Marcello, per la ragione che il depositario incominciò a possedere con l' animo. Per conseguenza il rischio della cosa passa a colui che domandò il mutuo, e contro di lui si avrà la *condictio*. Che se invece fin dal principio, quando depositai la somma, ti abbia permesso di servirtene ove ti piacesse: in questo caso il mutuo non sorgerà se non quando te ne sarai servito, perchè non è certo che me la dovrai a titolo di mutuo.

Si hanno qui due ipotesi ben distinte. La prima si riferisce a un deposito di monete individuamente determinate, *corpora nummorum*. Se dopo la conchiusione del contratto il depositario chieda al deponente e ne ottenga il permesso di servirsene: è opinione concorde dei giureconsulti — Nerva, Proculo, Marcello e per ultimo Ulpiano che ne registra i responsi — che nel momento stesso in cui si dà il permesso si forma il contratto di mutuo, e che quindi si possa in base a questo agire con la *condictio*, anche prima che il depositario si sia effettivamente servito delle monete. Nella seconda ipotesi il permesso si accorda inizialmente, quando si stringe il contratto di deposito: il mutuo è eventuale, esso sorgerà soltanto se il depositario crederà di far uso del danaro. La differenza fra i due casi si fa dipendere dunque dalla diversità dei momenti in cui si deve considerare intervenuto l'accordo.

Ciò che importa rilevare per la nostra tesi è, che in en-

trambi i casi il mutuo nasce senza che vi sia stata la *traditio* della cosa, ma per la sola efficacia dell'elemento intenzionale. Il depositario, nell' un caso procurandosi il permesso di usare del danaro, nel secondo usandone effettivamente, cessa di essere un semplice detentore e comincia a possedere il danaro a titolo di mutuo. Il cambiamento dell'*animus* vale quindi a produrre lo stesso effetto che la consegna materiale.

§ IX.

Anche quando la consegna abbia avuto luogo, essa può non aver avuto efficacia di operare il passaggio della proprietà: e ciò sia perchè colui il quale ha consegnato la cosa non ne era proprietario, sia perchè, quantunque ne fosse stato proprietario, gli mancava la capacità giuridica di trasferirla.

Quando la cosa consegnata a titolo di mutuo era di proprietà di altri, in sèguito all'atto della consegna nascono, fra le persone che vi presero parte e il proprietario, dei rapporti giuridici che sono determinati dal fr. 15 § 1 *de cond. indeb.* 12,6 (PAULUS *libro decimo ad Sabinum*).

« Sed et si nummi alieni dati sint, condictio competet, ut vel possessio eorum reddatur: quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicuius rei tradidissem, condicerem... »

Anche se si siano dati danari altrui, competerà la *condictio indebiti*, perchè se ne restituisca almeno il possesso: allo stesso modo che se, credendo erroneamente di doverti dare il possesso di una determinata cosa, te l'abbia consegnata, avrò diritto alla *condictio*.

Si tratta di uno che ha dato a prestito danari non suoi. Il proprietario di essi poteva rivendicarli presso chiunque si trovassero, non essendo stato ammesso in diritto romano il principio moderno, che per le cose mobili il possesso vale titolo per il terzo di buona fede. In favore del consegnante poi si accordava la *condictio indebiti*; però qui naturalmente questa non poteva rivolgersi al suo scopo normale, che era la restituzione della proprietà, poichè trapasso di proprietà non era avvenuto:

così che la si faceva servire a domandare la restituzione del solo possesso, a *condicere possessionem*. Identica - dice il testo - è la condizione giuridica di colui che ha consegnato, credendo di esservi obbligato, il possesso di una cosa: anch' egli avrà diritto a chiedere con la *condictio indebiti* la restituzione del possesso, quando — aggiungiamo noi — non concorrano gli estremi perchè si possa sperimentare qualcuno degl'*interdicta restituendae possessionis*.

Che se i danari dopo la consegna fossero stati rubati: in questo caso competeva al consegnante la *condictio furtiva*.

Del difetto di capacità giuridica nel trasferente si occupano le Istituzioni, § 2 *quib. al. lic. vel non* 2, 8:

« Nunc admonendi sumus neque pupillum neque pupillam ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. ideoque si mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit, non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis. ideoque vindicare nummos possunt, sicubi extent... »

Ora avvertiamo, che nè il pupillo nè la pupilla possono alienare alcuna cosa senza l'*auctoritas tutoris*: e perciò se uno di essi abbia senza l'*auctoritas tutoris* dato una somma di danaro a titolo di mutuo, non contrae obbligazione, perchè i danari non diventano proprietà di colui che li riceve. Per conseguenza si potranno rivendicare presso qualunque persona si trovino.

§ X.

Il mutuo viziato da qualcuna delle cennate irregolarità può *ex post facto* convalidarsi, quando sopravvenga un fatto che attribuisca definitivamente la proprietà delle cose consegnate a colui che ne aveva ricevuto il possesso. Può accadere infatti che costui, ignorando il vizio di origine del contratto, consumi le cose consegnategli: può accadere altresì, che colui il quale glie le consegnò ne diventi in sèguito proprietario. In entrambi questi casi si dovrà ritenere, che il ricevente è tenuto con la *condictio* di fronte al consegnante.

Si domanda: di quale natura sarà questa *condictio*? deriverà essa dal contratto di mutuo, o sarà una *condictio sine causa*?

La questione ha importanza non solo teorica, ma anche, anzi sopra tutto, pratica: poichè se si ammette l'esistenza del mutuo, dovrà in virtù della teorica dell'accessorio ritenersi valida la stipulazione degl' interessi; se invece la *condictio* si fonda su di un principio diverso, tale stipulazione sarà del tutto inefficace.

Le fonti si esprimono tutt'altro che chiaramente sul proposito. Qualche accenno si ricava da alcuni passi relativi al caso in cui il danaro ricevuto sia stato consumato.

Fr. 13 pr. e § 1 h. t. (ULPIANUS *libro vicensimo sexto ad edictum*):

« Nam et si fur nummos tibi credendi animo dedit, accipientis non facit, sed consumptis eis nascitur condictio. »

« Unde Papinianus libro octavo quaestionum ait: si alienos nummos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris, quam eos consumpseris. quod si per partes eos consumpseris, an per partes tibi condicam, quaerit: et ait condicturum, si admonitus alienos nummos fuisse ideo per partem condico, quia nondum totos consumptos compereram. »

Se il ladro ti abbia dato i danari rubati con l'intenzione di mutuarteli, non ti rende proprietario, ma consumati che siano sorge la *condictio*. Laonde Papiniano nel libro ottavo delle questioni scrive: se io ti abbia dato a titolo di mutuo danari appartenenti ad altri, non sarai tenuto verso di me prima di averli consumati. Che se ne abbi consumato una parte soltanto, si domanda, se per quella parte competerà la *condictio*: e risponde che competerà, se avendo avvertito il ricevente che i danari erano di proprietà altrui, mi valga della *condictio* per la parte consumata, sapendo che non ancora sono stati consumati tutti.

Il primo di questi frammenti considera il caso, che il ladro abbia dato a mutuo il danaro rubato, ed afferma che dalla *consumptio* fattane dal ricevente nasce a favore del ladro la *con-*

dictio; ma quale sia questa *condictio*, non si rileva dalle parole del passo.

La *condictio* si può esercitare dal ladro anche quando il terzo abbia consumato il danaro in buona fede. *Quid* se la consumazione sia avvenuta in mala fede, ossia se colui che ha ricevuto il danaro se ne è servito conoscendone la provenienza furtiva? Evidentemente, poichè *dolo malo possidere desiit*, lo si considera tuttora come possessore: onde potrà il proprietario revindicare il danaro presso di lui, come se ancora vi si trovasse. Egli dunque si trova in una condizione peggiore, esposto da un lato alla *condictio* da parte del consegnante, dall'altro all'azion di revindica da parte del proprietario.

L'altro testo fa l'ipotesi, che il mutuante, saputo che i danari consegnati non erano suoi, ne avverta il mutuatario. Anche qui si ammette la *condictio* relativamente alla parte non ancora consumata, ma non se ne determina il carattere.

Fr. 19 § 1 h. t. (Iulianus *libro decimo digestorum*):

« Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit aut solvendi causa dederit, consumpta pecunia condictionem habet vel liberatur non alia ratione, quam quod facto eius intellegitur ad eum qui acceperit pervenisse: quapropter si eandem pecuniam is, qui in creditum vel in solutum acceperat, alii porro in creditum vel in solutum dederit, consumpta ea et ipse pupillo obligatur vel eum a se liberabit et eum cui dederit obligatum habebit vel se ab eo liberabit. nam omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea habet obligatum eum qui acceperit: item qui in solutum dederit, liberabitur ab eo qui acceperit. »

Se il pupillo senza l'*auctoritas tutoris* abbia fatto credito o abbia dato a titolo di pagamento: egli, ove il ricevente abbia consumato il danaro, avrà la *condictio* o sarà liberato: e l'unica ragione di ciò è, che il danaro si ritiene pervenuto a chi lo ha ricevuto per fatto suo. Pertanto, se colui il quale aveva ricevuto quel danaro a credito o in pagamento lo abbia a sua volta dato ad un altro a credito o in pagamento, consumato che sia il danaro egli stesso sarà obbligato di fronte al pupillo o

questi sarà liberato da lui, e quegli a cui ha dato il danaro lo avrà obbligato a sè o ne sarà liberato. Imperocchè colui il quale a titolo di credito consegna danari altrui, consumati che li abbia il ricevente, ha obbligato verso di sè colui che li ha ricevuti: similmente chi li ha consegnati in pagamento, di fronte al ricevente sarà liberato.

E' importante rilevare, che qui le conseguenze giuridiche così del difetto di capacità come della mancanza di proprietà nel trasferente sono regolate dalle medesime norme. La consumazione del danaro è in entrambi i casi il fatto da cui si fa dipendere l'esercizio della *condictio*. La soluzione poi è identica sia per il danaro dato a mutuo che per quello dato a titolo di pagamento. Giuliano complica il caso, supponendo che il ricevente abbia da parte sua dato ad un terzo il danaro consegnatogli dall'incapace, ed afferma che, quando sia avvenuto questo secondo trasferimento, è lo stesso elemento della *consumptio* quello che determina la *condictio*: su questo punto dunque non può cadere alcun dubbio.

Ma neppure da questo testo si ricava argomento per risolvere la questione. Nella ipotesi del pagamento eseguito da chi non ne avrebbe avuto facoltà, è noto che, quando il danaro fosse stato speso dal ricevente secondo lo scopo per cui gli era stato attribuito, si accordava contro di lui la *condictio de bene depensis*; nel caso della dazione di mutuo si dice che la *condictio* vi era, ma non si dice di qual natura essa fosse.

L'accenno alla buona fede, contenuto nel fr. 19 § 1, inclina a farci credere che, piuttosto che di un'azione derivante dal contratto, si tratti qui della *condictio sine causa*, come quella che appunto riposa sul principio che a nessuno è lecito arricchirsi a danno altrui. Ciò sarebbe avvalorato dal riflesso, che la circostanza da cui si fa sorgere la *condictio* è la forza stessa delle cose anzichè la convalidazione del contratto. La scarsezza degli elementi che possediamo non ci autorizza però a ritenere questa conclusione come definitiva.

Tuttavia, nel caso che il consegnante acquisti posteriormente la proprietà del danaro, per esempio se venga instituito erede

dal proprietario: qui non sembra esservi dubbio che il contratto si sia effettivamente attuato, e che quindi in base ad esso sorga la *condictio.*

§ XI.

Il requisito del passaggio della proprietà venne abbandonato nel diritto posteriore, essendosi ammesso che con svariati altri modi potesse effettuarsi la prestazione.

Una prima prova di ciò si ha nel fr. 15 h. t. (ULPIANUS *libro trigensimo primo ad edictum*):

« Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta. »

In ordine al mutuo furono ammessi certi principi di diritto singolare: poichè, se io avrò comandato al debitore mio di darti danaro, sarai obbligato verso di me sebbene non abbi ricevuto danari miei. Quello dunque che si ammette quando le persone sono due, si deve ritenere anche quando si tratti della stessa persona: in modo che, se tu mi devi danaro a titolo di mandato, e conveniamo, che lo ritenga presso di te a titolo di mutuo, si considera come se me lo avessi dato ed io te lo abbia riconsegnato.

In questa legge sono tratteggiati due casi notevoli, in cui il mutuo si conchiude senza la consegna diretta della cosa: la delegazione che altri faccia al proprio debitore di pagare ad un terzo la somma che intende mutuare, e il cambiamento del titolo del debito per accordo fra le parti.

Il primo caso si spiega imaginando, che il debitore abbia consegnato il danaro al creditore, e che il creditore l'abbia a sua volta consegnato al mutuatario. In realtà questo giro non avviene, e basta la consegna fatta direttamente dal dele-

gato al terzo: la legge se ne contenta, attribuendo a ciò la forza di stringere il contratto. Ed ecco come — dice il giureconsulto — si perviene per via di una *subtilitas iuris* a derogare al principio generale, che per esservi il mutuo deve avvenire il trasferimento della proprietà.

È chiaro, che qui normalmente il contratto di mutuo si perfeziona non nel momento in cui il debitore riceve la delegazione, ma solo quando abbia pagato effettivamente al terzo. Così anche, secondo le idee moderne, la consegna di un assegno bancario non tiene luogo del pagamento se non quando sia riscossa la somma in esso indicata, il che si suole esprimere nel commercio con la clausola « salvo buon fine » o altra equivalente: in altri termini, si ha un titolo *pro solvendo*, non *pro soluto*. Naturalmente è salva la dimostrazione di una diversa volontà delle parti: quindi, se il terzo si fosse contentato della semplice delegazione, si dovrebbe dire che l'attribuzione patrimoniale che forma oggetto del mutuo consiste appunto nella cessione del credito.

Il secondo caso è più semplice. Si suppone che Tizio, debitore di Caio di una somma per un titolo qualunque, per esempio di mandato, convenga con lui di dovergliela a titolo di mutuo. Qui la qualità di debitore e quella di mutuatario convergono nella medesima persona, e si finge, al solito, che questa abbia restituito il danaro e l'abbia poi ricevuto nuovamente. E' un'altra *subtilitas iuris*, con la quale si arreca un nuovo strappo alla regola, che essenza del mutuo è il *de meo fit tuum*.

La possibilità di una simile trasformazione non fu però riconosciuta in ogni tempo dalla giurisprudenza romana. Ne fa fede il fr. 34 pr. *mandati vel contra* 17,1 (Africanus *libro octavo quaestionum*):

« Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti

possint. respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt: item quod, si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est. his argumentum esse eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum. et in proposito igitur dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fierent, tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat. »

Avvertiamo anzitutto, per l' intelligenza del passo, che il giureconsulto Africano, che ne è l' autore, è un discepolo di Giuliano, del quale espone e riassume le opinioni: sicchè tutte le volte che nei suoi frammenti si trova scritto « ait », « respondit » e simili, si deve intendere riferito a Giuliano.

Il quesito qui risoluto è il seguente: colui il quale amministrava gli affari di Lucio Tizio, avendo esatto del danaro dai debitori di costui, gli scrisse una lettera, nella quale gli notificava che aveva presso di sè una determinata somma ricavata dall' amministrazione, e che glie l' avrebbe dovuta a titolo di mutuo con gl' interessi, calcolati nella misura di metà dei legali. Si domanda: si potranno per tale causa domandare i danari a titolo di credito? e potranno pretendersi gl'interessi?

La seconda di queste domande si spiega agevolmente ove si rifletta, che nel mutuo gl' interessi dovevano pattuirsi mediante stipulazione: per conseguenza in base alla lettera scritta dal mandatario al mandante poteva, in sèguito all'accettazione espressa o tacita di costui, sorgere il contratto di mutuo, ma non era da ritenersi valida la convenzione degl' interessi. Tuttavia questa poteva aver efficacia per un'altra via, considerandola come un *pactum adiectum* del mandato, che è un contratto di buona fede, e facendola quindi valere con la stessa azione di mandato.

Segue nel testo la decisione di Giuliano: non si tratta — egli dice — di mutuo: altrimenti si dovrebbe dire, che in base a qualunque contratto si può con un semplice patto stabilire un mutuo. Nè si contrapponga a ciò, che il caso in esame è simile a quello del deposito di danaro che per effetto dell' accordo fra le parti si trasforma in mutuo: poichè qui i danari, che erano miei, diventano di proprietà tua. E neppure si citi come esempio di analogia il fatto, che se io ti avrò comandato di prendere danaro dal mio debitore, si considera quel danaro dovuto a titolo di mutuo: ciò infatti è stato ammesso per benignità. A conforto della nostra opinione sta l' argomento, che chi volendo dare danaro a mutuo abbia consegnato dell'argento da vendersi, non può esigere la restituzione del danaro come dato a mutuo: e tuttavia il danaro ricavato dalla vendita sarà a pericolo di colui che lo ha ricevuto. Sul riguardo pertanto si deve dire, che il procuratore sarà tenuto con l' azione di mandato: di guisa che, quantunque i danari siano a pericolo suo, tuttavia egli dovrà pagare gl'interessi nella misura che è stata convenuta.

Giuliano nega dunque l' esistenza del mutuo. Tutto il suo ragionamento si fonda sul concetto, che manca il passaggio di proprietà. Si sa, infatti, che il diritto romano non ammise la rappresentanza diretta. Ne conseguiva, che le somme esatte dal mandatario nell' esercizio del suo ministero si consideravano come di sua proprietà, onde egli verso il mutuante era debitore di genere, non di specie. Come dunque avrebbe potuto avvenire il trapasso di proprietà? *quod meum est meum amplius fieri non potest.*

Si potrebbe obiettare — continua il giureconsulto — che vi sono altri casi in cui il mutuo sorge indipendentemente dal passaggio di proprietà: come il caso del deposito di danaro che diventa mutuo per effetto del semplice consenso prestato dal deponente, e l'altro della delegazione fatta al proprio debitore, di pagare una certa somma al mutuatario. A ciò si risponde, che il primo esempio non calza, perchè il depositario non è proprietario ma detentore e quindi il passaggio di proprietà si

verifica: quanto alla delegazione, questa si è ammessa *benignitatis causa* e perciò non può proporsi come caso di analogia: *quod contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias.*

Come si vede, l' opinione di Giuliano sta in perfetta antitesi con quella espressa da Ulpiano nel fr. 15 h. t. Giuliano ritiene impossibile, che in base ad un contratto qualsiasi possa nascere il mutuo; ad Ulpiano invece sembra assurdo, che il requisito del passaggio della proprietà, di cui si fa a meno nella delegazione, sia indispensabile in un rapporto analogo anzi più semplice.

Lungo e fastidioso sarebbe enumerare tutti i tentativi fatti da gli scrittori per mettere d' accordo i due passi. Io ritengo che siano inconciliabili, e che facciano fede dell'esistenza di due dottrine opposte fra i giureconsulti. L' uno è conseguenza dei principi rigorosi che dominarono nei primi tempi; l' altro è il responso di quella scuola classica, di cui Ulpiano è il più illustre rappresentante, la quale al gretto criterio formalistico degli antichi sostituì la percezione limpida e sicura dei bisogni pratici.

§ XII.

Il caso più interessante in cui il mutuo sorge senza che vi sia stata tradizione nè trasferimento di proprietà, ma in forza di un atto giuridico equivalente, è senza dubbio quello della consegna che si faccia ad altri di una cosa perchè la venda e ritenga il prezzo ricavatone a titolo di mutuo. Da questo concetto ebbero origine in sèguito alcune speciali figure di contratti usurari, che consistevano — secondo l' opinione più accettata — nella vendita di una cosa fatta con lo scopo che il compratore la rivendesse a sua volta al venditore per un prezzo assai più basso. Tali forme, dette con voce di origine araba *contractus mohatrae,* ebbero un ampio sviluppo nel diritto intermedio, in cui si sentiva la necessità di ricorrervi per eludere le numerose proibizioni relative al mutuo.

Nelle nostre fonti un accenno al caso suddetto si ha nel fr. 34 pr. *mandati vel contra*, già altrove esaminato (pag. 78 e seg.); ma decisamente e specificatamente lo troviamo formulato e risoluto nel fr. 11 pr. h. t. (ULPIANUS *libro vicensimo sexto ad edictum*):

« Rogasti me , ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem , lancem tibi dedi vel massam auri , ut eam venderes et nummis utereris. si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit , quaestionis est. mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis multum interesse , venalem habui hanc lancem vel massam nec ne, ut , si venalem habui , mihi perierit , quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam perisse, et maxime si sine usuris credidi. »

Mi chiedesti , che ti facessi un mutuo di danaro : io , non avendone, ti diedi una bilancia o una massa di oro, perchè la vendessi e ti servissi del danaro. Se l'avrai venduta , ritengo che vi sia mutuo.

Ulpiano riconosce dunque nel modo più esplicito, che il mutuo vi è. E qui dobbiamo soggiungere, applicando un principio precedentemente svolto , che non vi può essere mutuo avanti che l'*accipiens* abbia venduto la cosa. Difatti, come nella ipotesi della consegna di un titolo di credito l'esistenza del mutuo è subordinata al fatto della effettiva esazione che il ricevente ne faccia : cosi nella specie in esame si dovrà dire , per identità di ragione , che il contratto non si perfeziona se non quando siasi raggiunto il fine voluto dalle parti. Però, allo stesso modo che nel primo caso l'*accipiens* può contentarsi della semplice cessione : cosi anche qui non è da dubitare che , se le parti si sono accordate nel considerare la cosa consegnata come oggetto del mutuo , questo sorge nel momento stesso in cui si effettua la consegna. Ma allora si versa in un rapporto ben diverso da quello configurato nel passo : poichè non si tratta più della consegna di una cosa a scopo di vendita, bensi

della consegna di una cosa stimata perchè sia dovuto a titolo di mutuo quel determinato valore. La cosa funziona come un surrogato del danaro: ed è al danaro che il mutuante ha diritto, senza preoccuparsi punto se il mutuatario abbia venduto la cosa o ne abbia fatto altro uso. Una chiara conferma di ciò si ha nella c. 8 *si certum petatur* 4, 2.

Il giureconsulto poi si propone la questione, a chi spetti il rischio della cosa dopo la consegna. Se essa perisce senza colpa del ricevente prima che sia venduta, a carico di chi sarà il perimento? Secondo il rigore dei principi, si dovrebbe dire che lo sopporterà in ogni caso il tradente: *res perit domino*; tuttavia Ulpiano adotta una soluzione alquanto diversa, fondata su una distinzione del proculeiano Nerva. Convien riflettere— egli dice — con quale intenzione si è consegnata la bilancia o la massa di oro. Imperocchè, se il tradente aveva in animo di disfarsene, vendendola a chiunque si fosse, si applica in tutta la sua interezza la massima *res perit domino*, il ricevente si considera come un organo di vendita e nulla più. Viceversa, se egli si prefiggeva di venderla, non già per trarne un guadagno, ma per mettersi nella possibilità di fare il prestito, il perimento è a carico del consegnatario, molto più se non furono convenuti interessi.

Questa decisione — come si vede — si scosta, in omaggio all'equità, dai principi della logica giuridica. Non è giusto, si dice, che colui il quale si è spossessato di una cosa, non per ritrarne vantaggio, ma per rendere un favore, debba in ricompensa del beneficio soffrire un danno. Sia dunque il caso fortuito a carico dell'*accipiens*: egli, che gode i vantaggi della cosa, ne sopporti anche il rischio.

Nel diritto attuale, ove il caso si presentasse, nessuna considerazione di equità si potrebbe invocare a pro del consegnante. In nessun testo delle nostre leggi vi è traccia della distinzione romana: onde ha imperio assoluto la regola, che la cosa perisce al proprietario. Ed è questo l'avviso dello Schey, l'unico civilista, ch'io sappia, che si sia occupato della questione.

§ XIII.

Completiamo il quadro di queste figure singolari, che modificarono e finirono per trasformare nell'intima sua essenza il concetto del contratto di mutuo, esaminando un caso riferitoci dallo stesso Ulpiano nel fr. 9 § 8 h. t. (ULPIANUS *libro vicensimo sexto ad edictum*):

« Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos absente te et ignorante, Aristo scribit adquiri tibi condictionem: Iulianus quoque de hoc interrogatus libro decimo scribit veram esse Aristonis sententiam nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi adquiritur obligatio, cum cottidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro. »

Se io avrò dato danari miei a nome tuo come tuoi, essendo tu assente ed ignorando affatto tale consegna, scrive Aristone che a favore tuo si acquista la *condictio*.

Appare manifestissima la deroga al principio del diritto romano *per liberam personam adquiri non potest*. Tizio stipula da Caio un credito a nome di Sempronio, all'insaputa di questi. A rigore, Sempronio è estraneo al rapporto, nè si è verificato trapasso di proprietà dal mutuante al mutuatario; e nondimeno egli acquista il diritto alla restituzione e può agire a tal uopo con la relativa *condictio*.

Anche Giuliano — sèguita il passo — interrogato su l'argomento scrisse nel libro decimo, esser vero il responso di Aristone e non potersi dubitare, che se io a nome tuo per volontà tua abbia dato danaro mio, si acquista a te l' obbligazione: imperocchè usualmente volendo far credito di danaro lo chiediamo ad altri, perchè il creditore a nome nostro paghi al futuro debitore nostro.

Tutto ciò è chiaro, e si accorda con le affermazioni contenute in altri testi: ricordiamo, fra i più comunemente citati, il fr. 35 § 2 *de donat.* 39, 5; il fr. 126 § 2 *de verb. oblig.* 45, 1; la c. 2 (3) *per quas pers. etc.* 4, 27. Intanto vi è palese

antinomia fra questa seconda parte del passo e la prima. E' logico, è naturale che Ulpiano, a fine di giustificare una decisione relativa al caso di assenza o ignoranza del creditore, ricorra ad argomenti tratti dal mandato e dalla gestione di affari ratificata?

Non mancano i tentativi per eliminare la dissonanza. Il BRINZ propone di leggere, in luogo di *velut tuos*, *voluntate tua sed*: altri sopprimono le parole *absente vel ignorante te*. Senza insistere su queste ed altre simili correzioni più o meno arbitrarie, reputo, in base ai numerosi indizi d'interpolazione rilevati dal PERNICE, che la parte finale del passo—*nec dubitari... debitori nostro*—sia un' aggiunta dei compilatori, dovuta alla preoccupazione di mettere all' unisono il testo esaminato con quelli dianzi riferiti.

Altra grave difficoltà s' incontra nello spiegare, perchè la *condictio* si acquista al terzo. Anche qui sono discordi i pareri. Lo IHERING crede di potere dar ragione di questa anomalia dicendo, che nel caso attuale colui che stringe il contratto non è un vero e proprio rappresentante, ma semplicemente un *nuncius*, ossia uno che presta il suo ministero materiale alla conchiusione del contratto per incarico avutone dal terzo.

Lo studio della questione ci farebbe risalire ai principi generali della rappresentanza in diritto romano, che sono stati esposti nel corso sul negozio giuridico. Ma, prescindendo da un' analisi minuta, non vi è chi non veda quanto poco sia corretta l'opinione dello IHERING, che presuppone un incarico là dove il terzo ignora affatto l' esistenza del rapporto creato in suo nome. Forse la vera via è quella indicata dal PERNICE, il quale, riportandosi all' origine del mutuo in Roma, ritiene che la *condictio* a cui allude Aristone sia non quella derivante dal mutuo, ma bensì la *condictio* primigenia fondata su l'equità indipendentemente da qualunque idea di contratto. Infatti, con quale altro rimedio si sarebbe potuto evitare l'ingiusto arricchimento dell' *accipiens*, dal momento che il rappresentante non avrebbe potuto valersi dell' azione contrattuale, avendovi rinunziato?

§ XIV.

Tutte queste svariate figure, delle quali abbiamo cercato di fissare le note distintive, ci hanno mostrato come mano mano l'idea di mutuo si sia venuta trasformando e avvicinando sempre più al concetto moderno, che il mutuo consiste nella concessione dell'uso di un capitale. Non si richiedono oramai nè il trapasso della proprietà nè il carattere di fungibilità nella cosa prestata, che erano un tempo requisiti essenziali del mutuo. Basta una prestazione eseguita con qualsiasi mezzo: basta perfino la consegna di un oggetto dando al ricevente la facoltà di venderlo e di essere obbligato per il prezzo a titolo di credito.

Ora, di fronte a questo tipo di mutuo così profondamente difforme dall' originario, sorge spontanea la domanda: si deve, nell'ultimo stadio dell'evoluzione giuridica, ritenere che il mutuo sia un contratto reale?

L'affermativa non ammette dubbio: poichè, secondo i principi razionali, non è necessario che l'elemento reale si concreti sempre nella materiale prestazione fatta dall'una all'altra parte, essendo sufficiente a tale effetto che il creditore compia un sacrificio patrimoniale nell'interesse del mutuatario.

I casi speciali di mutuo, in cui non si riscontra il fatto della consegna diretta materiale della cosa, non sono che vari modi onde funziona questo concetto generico. La delegazione, per esempio, fatta al proprio debitore di pagare ad un terzo, importa che il creditore tolga dal proprio patrimonio quel determinato credito per attribuirne il risultato al mutuatario. Similmente, pagando a Tizio a nome di Caio, senza che questi lo sappia, il patrimonio di Tizio si arricchisce di tanto, di quanto si impoverisce il patrimonio di Caio: sicchè può accadere, imaginando la preesistenza di un debito equivalente di Caio verso Tizio, che *ipso iure* si verifichi la compensazione.

La prestazione dunque, sebbene possa rivestirsi di forme diverse, è indispensabile perchè sussista il mutuo. Essa serve

non solo a determinare il momento in cui si forma il contratto, ma anche a fissare l'estensione dell'obbligo della restituzione, il quale non può in verun caso eccedere ciò che effettivamente è stato prestato dal mutuante. Tutto quello che oltrepassa tale misura può essere richiesto per qualunque altro titolo, se ve n'è, ma non mai in base al mutuo. E questo, che è uno dei cardini su cui s'impernia la teoria delle azioni derivanti dal mutuo, basterebbe, ove mancassero altri argomenti, a convincerci della realità del contratto.

§ XV.

Nel diritto odierno si disputa accanitamente fra i civilisti su l'esistenza o meno dei contratti reali nel senso romano. Riguardo al mutuo l'argomento ha un'importanza fondamentale, poichè lo si deve considerare come il punto di partenza per risolvere la *vexata quaestio* intorno alla unilateralità o bilateralità del mutuo, della quale ci occupiamo più avanti al paragrafo XXVII.

In tesi generale osservo, che certo oggi non si può sostenere che esistano contratti in cui la tradizione sia richiesta come *causa civilis obligandi*: basta infatti — salvo qualche eccezione — la semplice consegna per creare il rapporto. Tuttavia credo che non si sia lontani dal vero ammettendo una categoria di contratti che per la loro medesima essenza non giungono a perfezione se non mediante la consegna di una cosa. Questa categoria è formata dai quattro contratti tradizionali, nè mi pare che vi se ne possa far rientrare alcun altro.

Venendo al mutuo in particolare, non mi sembra possibile, di fronte alla dizione del nostro codice civile, metterne in dubbio la natura reale. Dice infatti l'art. 1819: « Il mutuo o prestito di consumazione è un contratto, per cui una delle parti *consegna* all'altra una data quantità di cose, ecc. » Dunque — se la lettera della legge deve avere qualche peso per l'interpetre — è chiaro che il contratto si perfeziona non già *assumendo l'ob-*

bligo di consegnare, ma *consegnando* effettivamente, eseguendo la prestazione: val quanto dire, che il contratto è reale.

Possiamo formarci un'idea delle illogiche conseguenze a cui mena la dottrina contraria, che raffigura nel mutuo un contratto consensuale e bilaterale, scendendo nel campo pratico delle azioni. Supponiamo innanzi tutto che il contratto sia nullo: allora, ammettendo che la consegna non sia momento di perfezione, ma esecuzione dell'obbligo assunto, ne deriva che il creditore dovrà valersi, per la restituzione, non della *condictio sine causa* ma della *condictio indebiti soluti*, ossia dovrà dimostrare di aver pagato per errore.

Ma vi è di più. Il creditore che agisce in base al contratto dovrà — se questo è reale — provare di aver consegnato la cosa e di esserne stato proprietario. Viceversa, se il contratto è consensuale e bilaterale, cioè se vi è da una parte l'obbligo di consegnare e dall'altra quello di restituire, la prova dell'avvenuta consegna non è essenziale. Allora, come nella compravendita il venditore che non ha consegnato la cosa potrà pretendere il prezzo, sol che si dimostri disposto a consegnarla: così anche nel mutuo si dovrebbe dire, che il mutuante potrebbe, offrendo dal canto suo di effettuare la consegna, costringere il mutuatario all'adempimento degli obblighi contrattuali: e si arriverebbe in ultima analisi al madornale assurdo, che il mutuatario sarebbe tenuto a gl'interessi senza aver ricevuto il capitale.

Queste ed altre considerazioni di minor conto mi persuadono, che anche per il nostro diritto il mutuo sia un contratto reale: intendendo con ciò, che alla perfezione del contratto è indispensabile la consegna di una cosa, e che non sorge l'obbligo di restituire se non in quanto si è consegnato e nella misura di ciò che si è consegnato.

§ XVI.

Dal contratto di mutuo conviene tener distinto il contratto con cui uno si vincola a far credito. Questo accordo preliminare, o *pactum de mutuo dando* che dir si voglia, non ha per sè stesso efficacia giuridica: a tal uopo occorre o che sia rivestito di una causa civile, assumendo la forma della stipulazione, o che sia aggiunto ad un contratto di buona fede, perchè si potesse far valere con la stessa azione derivante da questo (cfr. pag. 79, a proposito del fr. 34 pr. *mand. vel contra*).

Intorno alla natura di questo obbligo così si esprime Paolo nel fr. 68 *de verb. oblig.* 45, 1 (Paulus *libro secundo ad edictum*):

« Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. quod si ita stipulatus fuero: ' pecuniam te mihi crediturus spondes? ', incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest. »

Due casi contempla il giureconsulto:

a) Se io avrò stipulato una pena per il caso in cui mi darai danaro a mutuo, si ha una stipulazione valida e certa. Esempio: *prometti di prestarmi mille lire? e se non me le presterai, di pagarmene duecento a titolo di penale?* Il contratto è valido, e si può domandare la penale con l' *actio certae creditae pecuniae*.

b) Se invece avrò stipulato così: *prometti di mutuarmi la tal somma ?*, la stipulazione è incerta, perchè il contenuto ne è l'interesse che avevo alla conchiusione del mutuo.

Il diritto romano non ammise dunque che colui il quale si era impegnato alla creazione di un determinato rapporto, potesse esservi costretto. Anche oggi la coazione al fatto è esclusa dalla maggior parte delle legislazioni moderne, se si eccettui l'Ordinanza di procedura civile germanica. E invero la sentenza dichiara e fissa definitivamente il diritto, ma non può tener luogo di un contratto.

Pertanto, il rifiuto di colui che doveva fare il prestito, ad

eseguire il contratto, non fa nascere a favore dell' altro contraente se non il diritto a chiedere il risarcimento del danno prodottogli dalla inadempienza, nella misura dell'interesse che egli aveva a che il mutuo fosse conchiuso, di quello che gli scrittori chiamano *interesse negativo contrattuale*. Nel primo caso, l'ammontare dei danni è stato anticipatamente liquidato dalle parti nella clausola penale; nel secondo, lo determinerà il giudice in base a gli elementi esistenti in causa.

Quid iuris se sia invece il futuro debitore che rifiuti di prendere il danaro? Potrà il creditore pretendere il risarcimento del danno? In via di principio un tale diritto non gli competerebbe; nondimeno è da ritenere piuttosto, che la risposta al quesito si deve far dipendere dalle circostanze di fatto. Se si fosse convenuto, per esempio, che il mutuo sarebbe gratuito: allora quale maggiore assurdità di voler imporre ad uno di accettare per forza un favore? e su che si fonderebbe l'azione di risarcimento, se il mutuo doveva farsi nell'esclusivo interesse del mutuatario? Ma supponiamo, nonostante si trattasse di mutuo gratuito, che il creditore debba partire per un lungo viaggio e la dazione del danaro a mutuo sia per lui una occasione onde lasciarlo in luogo sicuro: o pure che per qualsivoglia altra ragione egli abbia interesse a che il mutuo si stringa: in tal caso il principio di eguaglianza fra i contraenti esige, che anche a lui sia lecito agire per essere rifatto del danno.

Può accadere che, dopo la stipulazione del contratto preparatorio, il futuro mutuatario cada in insolvenza, o che altrimenti si modifichi lo stato di fatto per modo, che il prestito nelle attuali condizioni pregiudicherebbe colui che si è vincolato a farlo. Dovrà egli, malgrado tutto, sottostare alla legge del contratto?

Una ipotesi analoga è risoluta nel fr. 38 pr. *de solut. et liberat.* 46, 3 (AFRICANUS *libro septimo quaestionum*):

« Cum quis sibi aut Titio dari stipulatus sit, magis esse ait, ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit, si in eodem statu maneat, quo fuit, cum stipulatio interponeretur: ceterum sive in adoptionem sive in exilium ierit vel aqua et igni ei inter-

dictum vel servus factus sit, non recte ei solvi dicendum: tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur 'si in eadem causa maneat'. »

Quando alcuno abbia stipulato, che si paghi a sè o a Tizio, [Giuliano] afferma, doversi piuttosto ritenere, che allora soltanto si pagherà legittimamente a Tizio, ove egli resti nella stessa condizione giuridica in cui si trovava quando fu fatta la stipulazione.

Tizio qui è un *adiectus solutionis causa,* ossia una persona indicata perchè gli si potesse fare il pagamento nel caso di assenza o di altro impedimento del creditore. L'*adiectus* non aveva altra facoltà che di esigere: non poteva quindi donare, rimettere, novare, o in altro modo alterare la fisonomia originaria del credito. Trattandosi di un incarico fondato essenzialmente su la fiducia personale, è logico che esso dovesse venir meno col peggiorare della condizione giuridica dell'*adiectus*: onde — conchiude Giuliano — se costui sia adottato, o cacciato in esilio, o interdetto dall'acqua e dal fuoco, o cada in ischiavitù, il pagamento eseguito a lui non sarà legittimo, imperocchè nella stipulazione è sottintesa la clausola « si in eadem causa maneat ».

Ora, questa clausola, che equivale all'altra « rebus sic stantibus », e che ebbe tanta importanza specialmente nel diritto intermedio, ha un carattere generale o deve limitarsene la portata al caso esposto nel passo? in altre parole, rappresenta essa un principio di *ius commune* o di *ius singulare*?

In diritto romano la soluzione dipende dall'indole del contratto. Nei contratti *stricti iuris* non si può parlare certamente di clausole tacite: quindi, se chi deve far credito si è vincolato mediante stipulazione, non può esimersi dall'obbligazione allegando il sopravvenuto mutamento di stato dell' altra parte. L'inverso è da dire, se l'obbligo risulta da un contratto di buona fede, dovendo questo interpetrarsi con criteri di equità, *ut inter bonos bene agere oportet.* Epperò nel diritto odierno, dove tutti i contratti sono di buona fede, la clausola « rebus sic stantibus » si reputa sempre sottintesa.

§ XVII.

Fin qui dell'elemento reale nel mutuo. Veniamo ora a discorrere dell'elemento convenzionale.

La concessione del capitale si fa a scopo di prestito, *credendi causa*. Così per l'una come per l'altra parte, fine del contratto è, che il mutuatario si serva del danaro.

Il motivo specifico, la ragione pratica da cui sono animati i contraenti sono estranei—come altrove si è spiegato (pag. 48 e seg.) — al rapporto: così che il mutuante non deve, per regola generale, preoccuparsi della circostanza che induce il mutuatario a contrarre il prestito e dell'uso a cui egli destina il danaro mutuatogli. Tuttavia, se l'unico motivo che ha determinato la volontà delle parti sia turpe, il contratto non è valido.

Fr. 12 § 11 *mandati vel contra* 17, 1 (ULPIANUS *libro trigensimo primo ad edictum*):

« Si adulescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fideiubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem, quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris... »

Se un giovine dissoluto ti dia mandato di far fideiussione per una meretrice, e tu scientemente l'abbi accettato: non avrai azione di mandato, perchè il caso è simile a quello, in cui si presta danaro a chi si sa che sta per sprecarlo.

Il principio non ha efficacia soltanto per il mandato e per il mutuo: una interpetrazione restrittiva del passo sarebbe contraria ai principi. Ogni qual volta sia manifesto, che il motivo determinante del contratto è stato l'eccitamento al mal fare, ciò basta per produrre la nullità del rapporto.

Potranno i danari essere ripetuti? caduta la *condictio mutui*, si potrà almeno sperimentare la *condictio sine causa*? Per diritto romano no, perchè la causa della *datio* è turpe per ambedue le parti. Nel nostro diritto ho già detto, per quale ragione ritengo che la ripetizione debba accordarsi (pag. 45).

Relativamente al mutuo è da notarsi, che alcune legisla-

zioni moderne, per evitare le dannose conseguenze delle indagini sui motivi, ne dichiarano la nullità solo in certi casi tassativi e col concorso di determinate circostanze. Così ad esempio, è privo di efficacia giuridica il prestito fatto in una bisca ad un giuocatore con lo scopo di farlo giuocare.

§ XVIII.

Lo scopo di prestito a cui il mutuo tende serve a farlo distinguere da altre figure contrattuali che coincidono con esso nel risultato pratico, vale a dire nell'attribuzione dell' uso di un capitale. Queste figure sono l' antecipazione, lo sconto, il deposito, la locazione, il pegno irregolare, il quasi-usufrutto.

L'*antecipazione*, detta nelle fonti *promutuum*, si può definire come un contratto in virtù del quale si dà una somma di danaro perchè il ricevente ne usi, e con la condizione che sodisferà al debito compensandolo con un credito che si prevede dover sorgere in avvenire a suo favore.

Abbiamo già dato qualche esempio di antecipazione (pag. 63): qui ne aggiungiamo un altro. Il proprietario di un fondo anticipa al fittuario di esso una data somma, col patto che verrà scontata su le migliorie che questi arrecherà al fondo eseguendovi dei lavori. Qui si ha, come nel mutuo, la concessione di un capitale, perchè il ricevente ne goda; ma, oltre che la finalità economica dei due contratti è diversa, è notevole come — a differenza del mutuante — l'antecipante ordinariamente ha diritto non già di ripetere, ma soltanto di compensare. Il diritto alla ripetizione gli compete, in via eccezionale e per necessità di cose, quando il sorgere del credito a favore del ricevente non si sia verificato o sia oramai impossibile a verificarsi. Un caso tipico ce ne fornisce il fr. 15 § 6 *locati conducti* 19,2 (ULPIANUS *libro trigesimo secundo ad edictum*):

« Item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteretur, rescriptum est ab Antonino Augusto non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit: quod in omnibus perso-

nis similiter observandum est. » Si tratta di uno che ha ricevuto in anticipo una somma a titolo di nolo per il trasporto di cose su nave: perdutasi la nave, e resasi quindi impossibile l'esecuzione del contratto, si può agire contro di lui per la ripetizione del nolo.

L'antecipazione inoltre può esser fatta su valori depositati, col diritto all'antecipante di rivalersi, in caso d'inadempienza al pagamento, sul prezzo ricavato dalla vendita di essi: allora assume la forma speciale del pegno, in cui è implicito il mutuo. Per distinguerla dal mutuo valgono fino a un certo punto le osservazioni precedenti; ma un criterio distintivo esatto non si può stabilire, dovendosi piuttosto nei singoli casi valutare gli elementi constitutivi del contratto e le altre circostanze che possono concorrere a rivelarne la vera natura giuridica.

Lo *sconto* è un' operazione con cui si rilascia un effetto commerciale, generalmente una cambiale, scadibile ad un dato termine, per la somma equivalente a quella che si riceve, detratto l' interesse fino alla scadenza e la provvigione. E' un contratto con nome e caratteri propri, e si rassomiglia più alla compra-vendita anzichè al mutuo.

Il *deposito irregolare* si definisce un contratto per mezzo del quale una persona affida del danaro in custodia ad un' altra, con la facoltà in questa di usarne, consentendo che la restituzione non sia della identica specie, sì bene di una eguale somma o quantità. Non si depositano dunque i *corpora nummorum*, ma quel determinato valore. Il depositario, come il mutuatario, può servirsi del danaro e deve restituire il *tantumdem*: ed è questa identità nelle conseguenze pratiche la nota che avvicina il deposito irregolare al mutuo. La somiglianza appare anche maggiore, ove si consideri che ordinariamente il depositario paga gl'interessi su la somma ricevuta.

Non è facile dividere con un taglio netto i due contratti: e tuttavia essi compiono ciascuno una funzione propria Quantunque identico ne sia il risultato pratico, ben diversa ne è la causa economica. Il mutuo ha scopo di prestito; il deposito irregolare mira essenzialmente ad uno scopo di custodia. Esso si

può concepire come un deposito a cui sia stato aggiunto un altro contratto, in forza del quale il depositario impiega il danaro nell' interesse del deponente ma a rischio proprio. Ora, siccome le speculazioni su danaro richiedono un certo tempo per dare un utile: da ciò deriva, che il tasso dell'interesse che si corrisponde dal depositario è commisurato in ragion diretta della durata del deposito. La speciale natura del contratto ci spiega, perchè il deponente abbia facoltà di ritirare la somma in qualsiasi momento o dopo un termine brevissimo; mentre nel mutuo il termine per la restituzione, di solito prestabilito, è per lo più abbastanza lungo.

La *locazione irregolare* consiste nella consegna di cose fungibili perchè vengano trasportate, permettendo al vettore di caricarle alla rinfusa con altre dello stesso genere, con l'obbligo di restituire cose della identica quantità e qualità.

Pegno irregolare dicesi quello che cade su una somma di danaro, su la quale il creditore non pagato alla scadenza ha diritto di sodisfarsi mediante la compensazione.

La più interessante delle figure che stiamo esaminando è il *quasi-usufrutto* o usufrutto di cose consumabili. Fra il quasi-usufrutto e il mutuo la differenza è molte volte impercettibile, poichè convergono perfino nello scopo economico. Intanto il fissarne i caratteri distintivi ha un'importanza pratica rilevantissima: difatti dall' essere un determinato rapporto quasi-usufrutto o mutuo dipendono, per esempio, l'applicabilità del senato-consulto Macedoniano e l'obbligo al pagamento degl'interessi.

Si può dire, che per diritto romano il quasi-usufrutto si stabilisce d'ordinario per via di legato, mentre il mutuo risulta da un contratto: e che al quasi-usufruttuario incombe l'obbligo di dar cauzione per la restituzione, se vuol conseguire il godimento della cosa. Ma in generale, ripetiamo, un criterio assoluto non esiste. Nei casi pratici talvolta è all'indole dell' oggetto su cui cade il rapporto che bisogna chiedere sussidio: così, legato in usufrutto un intero patrimonio contenente cose fungibili, l'uso che il legatario ne faccia è evidentemente quasi-usufrutto.

§ XIX.

Il mutuo non sorge, se su lo scopo della prestazione, su la *causa credendi* non si sia formato l'accordo di entrambe le parti.

Il principio generale, comune a tutti i rapporti obbligatori, è stabilito nel fr. 3 § 1 *de oblig. et act.* 44, 7 (Paulus *libro secundo institutionum*):

« Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur. itaque si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi, quamquam et donantis fuerit et mea fiat, tamen non obligabor ei, quia non hoc inter nos actum est. »

Non basta che i danari appartengano in proprietà a chi li consegna e divengano proprietà di chi li riceve, perchè sorga l'obbligazione; ma occorre eziandio che siano consegnati e ricevuti con l'intento, che si constituisca un'obbligazione. E quindi, se alcuno mi abbia dato danaro suo a scopo di donazione, benchè il danaro abbia appartenuto al donante e diventi mio, pure non sarò obbligato verso di lui, perchè non era tale la nostra intenzione.

Quando fra le parti vi sia divergenza circa la causa della prestazione, le conseguenze giuridiche sono determinate nel fr. 18 pr. h. t. (Ulpianus *libro septimo disputationum*):

« Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. quare si eos consumpserit licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti. »

Se io volendo fare una donazione ti abbia dato danaro e tu l'abbi ricevuto come mutuo, Giuliano scrive che non vi è donazione. Vediamo se vi sia mutuo. Io reputo, che nemmeno

mutuo vi sia, anzi che non passi la proprietà dei danari nel ricevente, perchè li ha ricevuti con altra intenzione. Laonde, se li abbia consumati, sarà tenuto con la *condictio*; però vi potrà opporre la *exceptio doli*, perchè furono consumati secondo l'intenzione di chi li diede.

Ulpiano dunque afferma, che se l' una delle parti vuol donare, l'altra ricevere a mutuo, non vi è nè donazione nè mutuo: anzi, che il dissenso su lo scopo della consegna impedisce il passaggio della proprietà. Ma consumato il danaro dall' *accipiens*, questi, ove il dante agisca con la *condictio sine causa*, può paralizzarla con l'*exceptio doli generalis*, essendo contrario alla buona fede il ripetere ciò che si è avuto in animo di donare.

Lo stesso concetto, che non vi è mutuo se manca l'accordo su lo scopo, è ribadito nel fr. 36 *de adquir. rer. dom.* 41,1 (IULIANUS *libro tertio decimo digestorum*):

« Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus. »

Quando siamo di accordo intorno alla cosa che si trasferisce ma dissentiamo in ordine alla causa della traslazione, non so vedere, perchè la tradizione debba essere inefficace: per esempio, se io creda di essere obbligato in forza di testamento a consegnarti un fondo, tu reputi che ti sia dovuto per effetto di una stipulazione. Imperocchè, se io ti consegno danaro a titolo di donazione e tu lo ricevi a titolo di mutuo, è certo che la proprietà passa in te e che non è di ostacolo a ciò il dissenso intorno alla causa del dare e del ricevere.

Notiamo, non perchè abbia attinenza diretta con l' argomento, ma per la celebrità che ha nella scuola, l'antinomia stridente fra l'opinione di Ulpiano e quella di Giuliano intorno al-

13

l'efficacia della tradizione. Il primo crede che, quando non concorra l'elemento intenzionale, la tradizione non vale a trasferire la proprietà; l'altro afferma recisamente il contrario, e a conforto della sua tesi ricorre a un paragone, in verità abbastanza grossolano. Difatti, quando nel daro una cosa si crede di darla in base a un testamento, e chi la riceve crede che gli sia dovuta in base a una stipulazione, il disaccordo cade sul titolo da cui nasce l'obbligo; ma così chi dà come chi riceve sanno di eseguire una *datio solvendi causa*, una dazione a scopo di pagamento; invece nella seconda ipotesi, identica a quella configurata da Ulpiano, il dissenso riflette proprio la causa prossima, lo scopo a cui è diretta la tradizione.

Gl'interpetri si sono affaticati lungamente intorno alla conciliazione dei due passi, ma secondo me con poco buon frutto. Il SERAFINI, fra gli altri, proponeva che nel frammento di Ulpiano le parole da *magisque* fino ad *acceperit* si considerassero come un inciso e si chiudessero fra parentesi.

I più autorevoli pandettisti — l'ARNDTS, il PUCHTA, il WINDSCHEID, il WANGEROW, il KELLER — credono che una conciliazione non sia possibile, perchè i due giureconsulti concepivano in modo affatto differente il valore giuridico della tradizione. Ulpiano la riteneva un atto causale, Giuliano un atto formale: onde questi le attribuiva efficacia di trasferire la proprietà nonostante che le parti non fossero di accordo sul titolo. Ed è questa la versione che rimane ancora oggi la più probabile.

§ XX.

Anche quando le parti si siano accordate, lo stato d'incapacità in cui si trovi alcuna di esse può impedire che il contratto si perfezioni.

Fr. 5 pr. *de auctor. et cons. tut. et cur.* 26, 8 (ULPIANUS *libro quadragesimo ad Sabinum*):

« Pupillus obligari tutori eo auctore non potest. plane si plures sint tutores, quorum unius auctoritas sufficit, dicendum est altero auctore pupillum ei posse obligari, sive mutuam pe-

cuniam ei det sive stipuletur ab eo. sed et cum solus sit tutor mutuam pecuniam pupillo dederit vel ab eo stipuletur, non erit obligatus tutori: naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est: nam in pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem in quantum locupletior factus est dandam divus Pius rescripsit. »

Il pupillo—si dice—non si può obbligare verso il tutore con l'*auctoritas* del medesimo. Difatti in una convenzione di tal genere la stessa persona del tutore interviene dall'una parte e dall'altra, contrariamente al principio *nemo in rem suam auctor fieri potest*. E' il così detto *contratto con sè stesso*, intorno al quale si disputa da gli scrittori, se ed in quanto se ne possa ammettere la validità.

Tuttavia — continua il testo — se più sono i tutori e basti l'*auctoritas* di uno solo di essi, si deve decidere, che il pupillo possa obbligarsi verso uno dei tutori mediante l'*auctoritas* di un altro, e ciò sia che gli dia danaro a mutuo sia che stipuli qualcosa da lui. Ma anche quando uno solo sia il tutore, e abbia dato al pupillo danaro a mutuo o abbia stipulato da lui, è vero che non sorge obbligazione in base al contratto, ma vi è obbligo naturale nei limiti dell'arricchimento: poichè, quando il pupillo si sia arricchito, contro di lui si accorda l'azione non solo al tutore, ma a chicchessia.

Il contratto dunque è nullo per l'incapacità del pupillo; ma la consegna fatta a questi del danaro e l'ingiusto profitto che egli ne ritrarrebbe fanno nascere un obbligo naturale. *Naturale*, si noti, non nello stretto significato giuridico della parola, che non si possa far valere per mezzo di azione, ma nel senso, che sorge spontaneamente per la forza delle circostanze. In sostanza si tratta di un' obbligazione civile, munita di azione, come è detto nell'ultima parte del passo.

Di qual natura sarà questa azione? Evidentemente non può essere l'*actio certae creditae pecuniae*, essendo nullo il contratto; sarà quindi la *condictio sine causa*. Le due azioni, storicamente connesse e rivolte all'identico fine di evitare un ingiusto arricchimento, con l'evoluzione giuridica si differenzia-

rono profondamente, e nell'ultimo periodo hanno esistenza autonoma e caratteri propri. Con la prima si chiede *tantumdem eiusdem generis et bonitatis*; la seconda invece tende alla restituzione della specie che è stata consegnata, e solo quando questa non esista più, perchè consumata, si rivolge al valore di essa, con o senza risarcimento dei danni secondo che la consumazione è avvenuta in mala o in buona fede. In poche parole, il valore, che è normalmente l'oggetto della *condictio ex mutuo*, nella *condictio sine causa* subentra soltanto come rappresentativo della cosa consegnata. Da questi pochi accenni è facile scorgere, di quanta importanza sia il discernere nei singoli casi pratici, se il contratto esista o pur no.

§ XXI.

Altro caso interessante di nullità del contratto si ha nell'errore su la persona del creditore.

Fr. 32 h. t. (Celsus *libro quinto digestorum*):

« Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est. »

Io e Tizio fummo pregati da te di farti un mutuo. Io ordinai al mio debitore di darti danaro per conto mio: tu lo ricevesti, credendo che quegli fosse debitore di Tizio. Si domanda: sarai obbligato verso di me? Nego, perchè in verità nessun affare tu hai conchiuso con me. Nondimeno è più ovvio ritenere che mi sarai obbligato, non però in base al contratto di mutuo, che non può esistere se non vi è stato il consenso di entrambe le parti: sì bene perchè è pervenuto a te danaro mio ed è giusto che tu me lo restituisca.

Anche qui non vi è mutuo, ma per evitare l'ingiusto ar-

ricchimento si concede un' azione, nota nella scuola sotto il nome di *condictio Iuventiana*, da Giovenzio Celso che è l'autore del frammento. E', in fondo in fondo, una forma speciale della *condictio sine causa*.

§ XXII.

L'unico obbligo derivante dal contratto di mutuo è quello del mutuatario, di restituire. La restituzione deve comprendere cose identiche per quantità e qualità a quelle prestate, *tantumdem eiusdem generis et bonitatis*.

Fr. 3 h. t. (POMPONIUS *libro vicensimo septimo ad Sabinum*):

« Cum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus, ut aeque bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem, quae ex oodem genere sit, reddere, veluti vinum novum pro vetere: nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est, id autem agi intellegitur, ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit. »

Quando abbiamo dato qualche cosa a mutuo, benchè non avessimo espressamente convenuto, che ci sarà restituita una cosa di eguale bontà, non potrà tuttavia il debitore restituire una cosa peggiore dello stesso genere, ad esempio vino nuovo per vecchio. Invero, quando si fa un contratto, si deve ritenere per stabilito ciò che è nella intenzione delle parti: ora qui l'intenzione delle parti si presume appunto rivolta a questo, che si restituiscano cose identiche per genere e per bontà a quelle ricevute.

L'obbligo della restituzione così circoscritto si spiega pienamente riferendolo al mutuo di cose fungibili; ma in altri casi, come nella delegazione fatta al proprio debitore di pagare al mutuatario e nella consegna di una cosa perchè la si venda e si ritenga il prezzo a titolo di mutuo, non si comprende affatto come si possa restituire il *tantumdem*. E' questa una delle tante conseguenze dello sviluppo operatosi nella natura del contratto nel diritto moderno e nello stesso diritto romano degli

ultimi tempi. Quando si giunge ad ammettere che il mutuo consiste nella dazione di un capitale, è necessario allargare anche il concetto della restituzione. Questa dunque si farà nella forma concreta del *tantumdem* quando oggetto del mutuo sia un determinato genere; trattandosi invece di un valore, basterà restituirlo in una forma qualsiasi, purchè corrisponda esattamente a ciò che è stato stabilito dalle parti.

§ XXIII.

Le maggiori difficoltà sorgono, quando l' obbligo della restituzione rifletta una somma di danaro.

Fino a che si dice, senza aggiungere altro: *restituirò cento lire*: è agevole intendere che le parti hanno voluto riferirsi al valore, e quindi la restituzione si può fare con qualunque specie di moneta, purchè raggiunga il valore di cento lire. Supponiamo invece che si sia detto: *restituirò cinque napoleoni*: a che cosa sarà tenuto il mutuatario?

Qui l'obbligo della restituzione può essere concepito in due modi diversi. Se si considera che la frase « cinque napoleoni » sia stata adoperata per indicare il valore di cento lire, è indifferente restituire napoleoni o altra specie di moneta; ma se dalle circostanze di fatto risulti, che le parti nello stabilire l'accordo ebbero di mira quella determinata specie, che il mutuante stipulò il contratto appunto perchè ne aveva bisogno: allora non si potrà più dire che contenuto dell' obbligo sia il valore, sì bene che la restituzione dovrà farsi con monete della identica qualità. Questa non è che una diretta conseguenza della regola, che il creditore non può essere costretto a riceversi il danaro sotto forma diversa da quella stabilita, se da ciò abbia a soffrire un danno qualsivoglia: fr. 99 *de solut. et liberat.* 46, 3 (Paulus *libro quarto responsorum*): « Respondit creditorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit. »

Diremo dunque, per essere precisi, che, in via di principio generale, il mutuatario il quale ha ricevuto una somma di da-

naro è obbligato a restituire il genere, ossia un valore corrispondente; però, se risulti che le parti si sono accordate perchè la restituzione fosse fatta con monete di una certa qualità, o se la restituzione di una qualità diversa arrecherebbe al creditore un danno qualsiasi: in questo caso il mutuatario è tenuto a restituire la specie, non il valore.

Talvolta l'obbligo di restituire la specie può subire speciali limitazioni in forza di leggi di ordine pubblico. Così in Italia, quando vigeva la legge sul corso forzoso, era vietato nei contratti di mutuo di pattuire che la somma mutuata fosse restituita in oro.

Ma ad una difficoltà assai più grave si va incontro nell'applicazione pratica del principio. Se le monete della specie convenuta sono state ritirate dalla circolazione: l'assoluta impossibilità di procurarsele libererà il mutuatario dall'obbligo della restituzione, o sarà egli invece tenuto al valore?

La questione è scabrosa. Ciò che più di tutto ne intralcia la soluzione è l'applicazione che ad essa suol farsi dei principi che regolano il rischio delle cose mutuate, i quali in verità sono ben lungi dall'avere una portata generale.

Il punto di vista da cui bisogna porsi per arrivare a un risultato giusto è, secondo me, il seguente. Stipulato un mutuo di cose consumabili, se alla scadenza queste non si trovano più sul mercato, sarà il mutuatario obbligato alla restituzione? No, evidentemente: che cosa, infatti, dovrebbe restituire, dal momento che il genere non esiste più? Ora, quale ragione logica o giuridica impedisce, che ciò che è vero per le cose fungibili in generale venga esteso anche al danaro, che fra le cose fungibili è la prima e la più importante?

Ma — si obietta — il genere non può mai perire: « genus numquam perit », « genus numquam perire censetur ». Qui sta appunto l'errore, nel voler attribuire a queste formole un valore assoluto, mentre in sostanza altro non significano, se non che il pericolo della cosa data a mutuo è a carico del mutuatario. E ciò è logico, sia perchè egli ne diventa proprietario sia perchè è obbligato a restituire il *tantumdem*. Sarebbe bella

che il mutuatario, il quale, dopo aver preso il danaro, lo ha sperperato, o lo ha impiegato in una speculazione andata a male, o se lo è lasciato rubare, volesse poi esimersi dal restituirlo allegando che il genere è perito. Il rischio non può in alcuna maniera addossarsi al mutuante, come del resto è detto esplicitamente nel fr. 1 § 4 *de oblig. et act.* 44, 7 (Gaius *libro secundo aureorum*): « Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilo minus obligatus permanet... »

Il mutuatario dunque, se per un accidente qualsiasi perda ciò che ha ricevuto, nulla di meno rimane obbligato. Ma quale influenza questo concetto, per sè stesso di una chiarezza intuitiva, possa avere su la nostra questione, non si sa vedere. Non si comprende, difatti, come se ne possa dedurre una conseguenza così contraria all'ordine naturale, che il mutuatario sia tenuto a fare l'impossibile, ossia a restituire una cosa che non esiste.

§ XXIV.

Il mutuatario non può obbligarsi a restituire più di quanto effettivamente ha ricevuto. Ciò spiega, perchè si richiede che la convenzione intorno a gl' interessi sia stabilita mediante stipulazione; ed è qui che si rivela nel modo più spiccato l' indole reale del contratto.

Fr. 17 pr. *de pactis* 2, 14 (Paulus *libro tertio ad edictum*):

« Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit. »

Se ti abbia dato dieci e conveniamo che me ne debba venti, non si forma l' obbligazione al di là di dieci: imperocchè l' obbligazione reale non può sorgere se non nei limiti di ciò che si è dato.

Viceversa, è valido il patto di restituire meno di ciò che si è ricevuto.

Fr. 11 § 1 h. t. (Ulpianus *libro vicensimo sexto ad edictum*):

« Si tibi dedero decem sic, ut novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere quam novem. sed si dedero, ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse. »

Se ti avrò dato dieci e abbiamo stabilito che me ne restituirai nove, Proculo afferma, e a ragione, che non mi dovrai più di nove. Ma se ti avrò dato dieci per averne undici, lo stesso Proculo reputa, che non si possa agire per più di dieci.

La seconda parte del passo ripete la regola del fr. 17. Nel primo caso poi si ritiene, che vi sia contratto di mutuo solo per i nove, e che l'uno sia dato a titolo di donazione.

§ XXV.

Il termine per la restituzione è ordinariamente fissato nel contratto. Ma anche quando le parti lo abbiano taciuto, esso può determinarsi talvolta col sussidio di altri elementi.

Suppongasi per esempio che il creditore, consegnato il danaro a mutuo, abbia a sua volta ricevuto due annate d' interessi: è chiaro che con ciò egli ha tacitamente annuito a non domandare durante quei due anni il capitale. E' questo un caso contemplato nelle fonti, fr. 57 pr. *de pactis* 2, 14 (FLORENTINUS *libro octavo institutionum*): « Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacito pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat. »

Può darsi, in mancanza di questo tacito consenso, che il termine possa desumersi dallo scopo per cui fu fatto il mutuo. Esempio: Tizio dà a mutuo una certa quantità di cartelle di rendita al portatore. Non si stabilisce l' epoca della restituzione; però il mutuante era consapevole, che il mutuo si contraeva onde constituire con le cartelle una cauzione per una determinata impresa. Qui è certo che, prima che vengano liquidate tutte le pendenze relative a quella tale impresa, egli non potrà agire per la restituzione.

Appena poi occorre avvertire, che per avere efficacia di stabilire il termine lo scopo deve risultare dalle trattative corse

fra le parti o da altri elementi di fatto, e che in ogni caso esso deve formare parte integrante della convenzione: altrimenti è un semplice motivo, e il motivo — come si è spiegato altrove — non influisce su le conseguenze del negozio giuridico.

Finalmente, quando il termine non sia nè espresso nè tacito nè connaturato allo scopo del contratto, a rigor di logica si dovrebbe dire, che il mutuatario è obbligato a restituire subito. E così infatti si deve conchiudere per diritto romano, poichè l'essere il mutuo un contratto di stretto diritto escludeva la possibilità di temperamenti equitativi; mentre in diritto moderno, presentandosi il caso, la fissazione del termine sarebbe rimessa al prudente arbitrio del giudice (art. 1826 cod. civ.).

Tale soluzione può sembrare assurda, iniqua, e contraria al concetto stesso del mutuo, che importa il godimento della cosa da parte del mutuatario; ora, come ne può godere, se immediatamente dopo la consegna gli viene ritolta? Tuttavia, trovandoci in presenza di un *iudicium stricti iuris*, non è possibile adottarne una diversa.

§ XXVI.

Gli elementi finora studiati ci mettono in grado di affrontare la spinosa questione, se il mutuc sia un contratto unilaterale o bilaterale.

Secondo i principi del diritto romano, la soluzione non può esser dubbia nel senso della unilateralità. Il mutuo è un contratto *stricti iuris*, e la caratteristica dei contratti *stricti iuris* è proprio questa, che non sorge obbligazione se non da una parte soltanto: onde con la relativa azione non si può far valere se non quel solo obbligo, senza potersi tener conto di alcuno dei criteri di compensazione e di equità che formano la base dello *arbitrium iudicis* nei giudizi di buona fede. Quindi nel mutuo troviamo, che da un lato il mutuatario ha l'obbligo di restituire; dall'altro il mutuante a nulla è tenuto.

Un' analisi più profonda ci mostrerà, che mentre gli altri contratti reali possono in certo modo ricondurre sotto il con-

cetto di contratto bilaterale; il mutuo invece, in virtù appunto della sua indole *stricti iuris*, rimane puramente e rigorosamente unilaterale.

Vi sono invero alcuni contratti, che diremmo bilaterali in senso vero e proprio, i quali per la loro struttura stessa non si concepiscono se non come fondati su obbligazioni vicendevoli. Nella compra-vendita il venditore ha *sempre* l'obbligo di far avere il possesso della cosa e il compratore ha *sempre* l'obbligo di pagare il prezzo: e analogamente nella locazione, nel mandato, nella società si riscontra *sempre* una reciprocanza di vincoli fra i contraenti.

Ma accanto a queste convien riconoscere certe altre figure di contratti in cui il carattere unilaterale non impedisce che possa talora, *ex accidenti*, sorgere un obbligo a carico dell'altra parte. Tali sono i contratti reali, meno il mutuo, e fra i contratti consensuali il mandato.

Nel comodato, nel deposito, nel pegno, l'obbligo essenziale è quello del comodatario, del depositario, del creditore pignoratizio, di restituire la cosa; ma di fronte a questo obbligo, che non può mai mancare, sorge non di rado quello del comodante, del deponente, del pignorante, di rimborsare le spese straordinarie fatte per la conservazione della cosa e di risarcire i danni prodotti dai vizi di essa. Nel mandato, l'obbligo principale, che consiste nell'eseguire l'incarico, lo ha il mandatario; ma il mandante può eventualmente essere obbligato a rivalerlo delle spese incontrate e dei danni sofferti a causa dell'esecuzione del contratto.

Evidentemente l'esistenza di tali obblighi, essendo affatto accidentale, non ha col contratto un legame necessario, e quindi non vale ad intaccarne la fisonomia, che è e resta pur sempre unilaterale. Piuttosto che sul contratto, gli obblighi suddetti si fondano su i principi di equità, che a nessuno dev'essere lecito arricchirsi a pregiudizio altrui, e che non è giusto contraccambiare chi ha reso un favore infliggendogli un danno. Perciò, a rigore di termini, darebbero luogo ad un'azione di arricchimento oppure di danno; ma siccome si trovano connessi ad un con-

tratto *bonae fidei*; si può nel giudizio tenerne conto, sicchè il comodatario, il depositario, il creditore pignoratizio, il mandatario possono a tutela delle loro ragioni sperimentare le *actiones contrariae: actio commodati, depositi, pignoraticia, mandati contraria.*

Or dunque, se l'obbligo di pagare le spese e i danni è eventuale ed extra-contrattuale, e se l'unica ragione per cui se ne domanda l'adempimento mediante azioni comprese nel contratto è, che questo è di buona fede: chiaro risulta che altrettanto non si può dire per il mutuo. La *condictio mutui* è di stretto diritto, onde non le si può contrapporre un' *actio mutui contraria.* Se il mutuatario ha dei diritti da far valere contro il mutuante, dovrà ricorrere ad altre azioni, fuori i limiti del contratto.

Imaginiamo, che le monete date a mutuo siano false: il contratto non si forma, perchè manca il passaggio della proprietà di un capitale. Se il creditore ha commesso dolo, si potrà dal mutuatario domandare il risarcimento dei danni con l'*actio doli*; se è semplicemente in colpa, non incorre in alcuna responsabilità.

Poniamo invece che si sia dato a mutuo del grano o del foraggio avvelenato. Il mutuatario lo mescola con altro genere, che diventa inservibile: o lo somministra ad animali di sua proprietà, che ne muoiono o si ammalano. Qui si ravvisano gli estremi di un *damnum iniuria datum,* onde il mutuatario avrà facoltà di chiedere la rivalsa del danno con l'*actio legis Aquiliae.*

§ XXVII.

Nel diritto moderno la disputa su la natura del contratto di mutuo ferve vivissima: tanto più viva, in quanto è sparita la categoria dei contratti *stricti iuris*, che in diritto romano fornisce l'argomento decisivo in favore della unilateralità.

Nella dottrina regna la più grande disparità di opinioni. Anche la giurisprudenza è gravemente divisa ed oscillante: così

la cassazione di Roma, dopo aver dichiarato con sentenza del 13 luglio 1892 che il mutuo è reale e unilaterale, con altra sentenza 11 settembre 1895 mutò parere, ritenendolo consensuale e bilaterale.

La controversia è di quelle che presentano non solamente un alto interesse scientifico, poichè dalla soluzione di essa dipendono conseguenze importantissime nel campo pratico: questa, fra le tante, se sia applicabile al mutuo la condizione risolutiva tacita, che a norma dell'art. 1165 cod. civ. è sempre sottintesa nei contratti bilaterali per il caso in cui una delle parti non sodisfaccia alla sua obbligazione; e se quindi contro il mutuatario inadempiente si possa chiedere la risoluzione del contratto.

In fondo tutto si riduce a vedere, come già si è osservato (§ XV), se il mutuo sia un contratto reale ovvero consensuale. Imperocchè l'opinione di quelli che ne sostengono la bilateralità si fonda principalmente sul concetto, che nel nostro codice civile non vi sia distinzione fra contratti consensuali e reali, e che perciò ogni contratto sia perfetto non appena è stabilito l'accordo: nel mutuo si avrebbe pertanto, da un lato l'obbligazione di sborsare il danaro, dall'altro quella di restituirlo. Invece se si ammette, come abbiamo fatto noi, che il mutuo è reale, ne viene per conseguenza che è anche unilaterale: perchè allora lo sborso della somma mutuata non si considera come obbligazione del mutuante, ma è momento di perfezione del contratto, ma è fondamento dell'obbligazione del mutuatario.

Gli argomenti in favore della unilateralità del mutuo sono stati magistralmente sviluppati dal Gabba in una nota alla surriferita sentenza della cassazione di Roma (*Giurisprudenza Italiana*, 1896, I, 1, 193). Egli dimostra, fra l'altro, che non si può negare l'esistenza dei contratti reali nel nostro diritto; e che i fautori della bilateralità muovono da una confusione fra il concetto di contratto oneroso e quello di contratto bilaterale.

Noi non possiamo, senza sconfinare dai limiti del presente lavoro, addentrarci nell'esame della questione. Ci basti aver accennato quella che, secondo noi, è la soluzione giusta.

Riconosciamo per altro, che oggi l'unilateralità del contratto non va intesa più nel senso romano. Non altrimenti che per il comodato e per il deposito, si deve ammettere per il mutuo un' *actio contraria* rivolta al risarcimento dei danni e delle spese. Ciò deriva dal non esservi più, secondo le idee moderne, contratti di stretto diritto, ed è dichiarato espressamente, per ciò che riguarda i danni, dall' art. 1824 cod. civ.: « Nel mutuo il mutuante è obbligato alla stessa responsabilità stabilita dall'articolo 1818 per il comodato ». Art. 1818: « Se la cosa comodata ha difetti tali da recar danno a colui che se ne serve, il comodante è tenuto al risarcimento del danno, qualora conoscendo i difetti della cosa non ne abbia avvertito il comodatario ». Si può dire dunque, che il mutuo è un contratto reale-unilaterale in quanto alla forma, ma in cui si possono verificare effetti propri dei contratti bilaterali.

Qualcuno degli avversari assume, che un obbligo vi è da parte del creditore, ed è quello di non domandare la cosa prima che sia scaduto il termine. Dice infatti l'art. 1825: « Il mutuante non può prima del termine convenuto domandare le cose prestate ».

Ma qui si tratta non di un vero obbligo del mutuante, bensì di limite del suo diritto o, se si vuol meglio, di mancanza in lui di diritto, o — come dice il GABBA — di diritto dell'altra parte a ritenere la cosa. Del resto, quanto questo argomento sia poco solido, anzi poco serio, si dimostra con una considerazione semplicissima. Anche nella stipulazione le parti convengono d'ordinario un termine, prima del quale non si può chiedere l' adempimento della promessa; e pure nessuno si è mai sognato di sostenere, che la stipulazione sia un contratto bilaterale.

§ XXVIII.

Le azioni che sorgono dal mutuo sono l' *actio certae creditae pecuniae* e la *condictio triticaria*. L'una ha luogo quando oggetto del mutuo sia una somma di danaro; l' altra, quan-

do consista in altre cose. Le due azioni presentano i loro caratteri ordinari (pag. 32 e seg.) su i quali è inutile ritornare. Piuttosto è opportuno studiare le azioni di mutuo dal lato della prova.

L'*actio certae creditae pecuniae*, che è la più importante, quando è rivolta a domandare una somma di danaro mutuata, trovasi spesso indicata nelle fonti col nome di *actio mutui*. Ciò serve a denotare il rapporto da cui ha origine; ma non deve far credere, che si tratti di un'azione speciale per il mutuo.

In forza del principio, che ognuno deve provare gli estremi positivi e negativi dell'azione che intenta, colui il quale vuol valersi dell'*actio mutui* dovrebbe dimostrare, non solo che egli ha operato il trasferimento di proprietà del danaro, ma ancora che ne era proprietario e che aveva la capacità di farlo.

Vedremo nel paragrafo seguente le caratteristiche della prova di aver prestato il danaro. Quanto alla proprietà e alla capacità, molti ritengono che tali requisiti si presumano nel mutuante, essendo raro il caso che si prestino danari altrui, o dei quali non si può disporre: e che quindi spetti al mutuatario convenuto di provarne l'insussistenza.

Questa opinione, svolta specialmente dallo Ihering nel suo celebre libro intorno al « fondamento della protezione possessoria », incontra molto favore presso gli scrittori. Tuttavia a me sembra, nel silenzio delle fonti, che non sia da accogliersi in modo assoluto, e che, se il fondo ne è innegabilmente esatto, se ne possa e se ne debba temperare la portata con criteri tutt'affatto pratici ed opportunistici. Si sa che in materia di prova campeggia un principio generale, secondo cui piuttosto che a regole astratte ed assolute si deve badare alle circostanze di fatto. Ora, è secondo noi preferibile applicare questo principio per decidere nei casi pratici, se militi o no in favore dell'attore la presunzione suddetta, e se a lui o al mutuatario debba addossarsi l'onere della prova.

§ XXIX.

La prova, che si è effettivamente consegnato il danaro, è indispensabile per l'esercizio dell'azione. Il mutuante può fornirla con qualunque dei mezzi usuali, su cui non è qui il luogo d'indugiarci. Dobbiamo invece esaminare uno speciale istituto che riflette la prova per via di documenti: intendiamo la *querela non numeratae pecuniae*.

La teoria della *querela non numeratae pecuniae* è uno sviluppo della teoria della causa, che si riferisce alle obbligazioni derivanti da un prestito di danaro.

Colui che, volendo contrarre un prestito, si era obbligato mediante contratto verbale a pagare una somma di danaro, ma che lo aveva fatto senza causa, era malgrado ciò tenuto, secondo il sistema del diritto civile; ma fin dall'epoca classica egli poteva — come si è detto altrove — invocare la mancanza di causa del suo obbligo, sia opponendo l'eccezione di dolo, quando era citato, per ottenere di essere assoluto, sia sperimentando la *condictio sine causa* prima di essere convenuto, per ottenere di essere liberato. Nell'un caso o nell'altro, egli non vinceva se non provando la mancanza di causa dell'obbligo, la mancanza di numerazione del danaro.

Quando poi non si era vincolato con un contratto verbale, egli era tenuto soltanto in forza della numerazione del danaro, senza la quale il contratto non formale di mutuo non poteva sorgere; ma, a partire da una certa epoca, s'introdusse nell'impero l'usanza di titoli probatori, modellati alla foggia greca, che erano scritti e sottoscritti da colui contro il quale dovevano servire.

Quando il debitore aveva firmato una simile scrittura di obbligo, egli si trovava, anche se non vi fosse contratto verbale, in una posizione identica a quella del promittente che si era obbligato senza causa: onde, alla stessa guisa che il promittente, poteva, quando era citato, rifiutarsi al pagamento, oppure, senza aspettare le mosse dell'avversario, chiedere la restituzione della

scrittura, ma rifiutarsi di pagare, provando che, contrariamente all'asserzione di essa scrittura, egli non aveva ricevuto il danaro.

Il fatto, che uno s'induceva spesso a firmare un'obbligazione senza aver avuto il danaro, si spiega con un uso, diventato abitudine in Roma, secondo cui la consegna della somma mutuata era posteriore alla redazione della scrittura. Il capitalista romano teneva il più delle volte i suoi fondi impiegati presso qualche banchiere: sicchè, quando veniva richiesto di un mutuo, badava prima a farsi rilasciare un chirografo in buona forma, e poi ordinava al suo *argentarius* o a qualcuno fra i suoi schiavi o liberti (*actor*) di sborsare la somma al mutuatario.

La situazione della persona che si era obbligata mediante contratto verbale, o che aveva dichiarato di aver ricevuto i danari mentre in realtà non li aveva ricevuti, per esempio nel caso di apertura di credito non avveratasi; o non li aveva ricevuti tutti, per esempio nel caso d'interessi usurari ritenuti dal creditore sul capitale versato, richiamò in un certo momento storico l'attenzione del legislatore. Il legislatore intervenne per invertire il carico della prova, ossia stabilì, che il debitore contro cui esiste una scrittura attestante o una numerazione (*mutuum*), o, come è assai più frequente, una numerazione seguita da stipulazione, potrà, col semplice diniego di pagamento, costringere il creditore a dimostrare con altre prove di aver versato integralmente la somma.

Questa innovazione fu introdotta mediante costituzioni imperiali nei principi del terzo secolo. Si trova già menzionata in una costituzione di Severo e Caracalla dell'anno 197, la c. 1 *de non numerata pecunia* 4, 30; ma l'essere questa identica alla c. 1 *si pign. conv. etc.* 8, 32 (33) dimostra che si tratta certamente di una interpolazione. Il primo testo sicuro in cui si ha traccia del sistema è una costituzione di Antonino Caracalla dell'anno 215, la c. 3 *de non num. pec.* (*Imp. Antoninus A. Demetriae*):

« Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae

compelletur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto absolutio sequetur. »

Se in base ad una scrittura tua, quantunque abbi dato ipoteca, sii chiamato in giudizio, opposta l'eccezione di dolo o *non numeratae pecuniae*, l'attore è costretto a provare di averti numerato il danaro; se non lo prova, tu sarai assoluto.

E' molto probabile, che la riforma non sia stata attuata d'un colpo solo: che in origine abbia avuto applicazione soltanto nei procedimenti *extra ordinem*, e che si sia generalizzata in seguito, quando scomparve la procedura formulare. Questa geniale congettura, dovuta al Pernice, si accorda assai bene con la terminologia delle costituzioni relative alla materia, e col nome stesso di *querela* con cui fu battezzata l' azione; dippiù ha il vantaggio di rimuovere la difficoltà che deriverebbe dallo imaginare inserita nella formola un' eccezione di cui fosse messa la prova a carico dell'attore; finalmente spiega anche perchè un istituto cosi importante non sia stato mai riannodato a un atto legislativo preciso.

Il firmatario della scrittura può ricorrere dunque, per dolersi di non aver ricevuto il danaro, alla *querela non numeratae pecuniae*. Egli può, come per i mezzi anteriormente ammessi, farla valere, a suo piacimento, o quando è convenuto o prima: sia resistendo all' azione con una eccezione derivante dalla eccezione di dolo, la *exceptio non numeratae pecuniae*; sia reclamando la scrittura con un' azione designata col termine solito di *condictio*; sia ancora dichiarando semplicemente di ripudiarla mediante una protesta diretta all' avversario o al magistrato (*contestatio*). Qualunque egli adotti di questi tre procedimenti, la sua dichiarazione produce sempre l'effetto di mettere il possessore del documento nella necessità di cercare altre vie per provare, che ha versata la somma e che l'ha versata integralmente.

Ma questo immenso vantaggio non andò esente da temperamenti. Secondo il diritto anteriore, il debitore, che aveva il carico della prova se voleva sottrarsi all'obbligo del pagamento, poteva farla in qualunque epoca, o come attore intentando la

condictio, o come convenuto difendendosi con l'*exceptio*. Invece, vigendo il sistema della *querela*, è lui che forza il preteso creditore a provare la seguita numerazione con mezzi estranei alla scrittura. Ora, siccome l'esigere dal creditore di fare una prova simile dopo molto tempo sarebbe gravosissimo anzi addirittura iniquo, perciò egli non ha diritto alla *querela*, in nessuna delle tre forme, dopo il decorso di un certo termine dalla vera data della scrittura. La seconda dichiarazione risultante dal suo silenzio conferma la prima, risultante dal contratto o dallo scritto, e non può più venir distrutta dalla prova contraria: la sola risorsa possibile sarebbe, ove si trattasse di un minore, la *integrum restitutio*.

Il termine è per la prima volta accennato in una costituzione di Alessandro Severo del 228. Da una costituzione di Diocleziano inserita nel codice Ermogeniano si rileva, che prima di lui era fissato ad un anno e che fu da lui portato a cinque anni.

Tale sistema si mantenne, nelle sue linee principali, fino a Giustiniano o per lo meno fino al di lui padre adottivo Giustino. Da Giustino, e sopra tutto da Giustiniano, fu rimaneggiato profondamente. Essi ne attenuarono il rigore sotto certi punti di vista: Giustino difatti, per correggere una pratica abusiva invalsa, lo dichiarò inapplicabile quando la *cautio* fosse una *cautio discreta*, vale a dire una scrittura indicante chiaramente, che era stata fatta in considerazione di una causa passata; Giustiniano ridusse a due anni il termine entro il quale la *querela* poteva essere proposta e comminò la pena del doppio contro colui il quale se ne fosse servito a torto. Viceversa, lo stesso Giustiniano ne aumentò la portata decidendo che il termine non correva contro i minori, e specialmente poi allargandone il campo di applicazione. Da prima egli la estese, probabilmente in omaggio a una pratica anteriore, dai prestiti di danaro ai prestiti di qualunque altra cosa (*aliae res*). In sèguito la estese dal caso del prestito a due altre situazioni giuridiche le quali gli sembrò che presentassero dei rischi analoghi: al caso di colui che ha dichiarato di aver ri-

cevuto un pagamento, al quale accorda, se ha conservato il titolo, durante lo spazio di trenta giorni successivi un mezzo simile alla *querela* per impugnare la quietanza; e al caso di colui che ha dichiarato di aver ricevuto una dote (*dos cauta et non numerata*), al quale dà, per contestare tale sua dichiarazione, la *querela* dopo lo scioglimento del matrimonio, in certi termini perentori che furono modificati e complicati dal diritto delle novelle.

L'istituto della *querela* diede luogo ad un errore di Giustiniano. Egli asserisce, in un luogo delle Istituzioni altrove riportato (pag. 59), che ai suoi tempi esiste un' obbligazione letterale: quella cioè nascente da un titolo in cui si dichiara falsamente un prestito, e che non può essere più attaccato perchè è trascorso il termine stabilito per la *querela non numeratae pecuniae*. L'opinione oggi generalmente accolta intorno a questo testo è, che vi sia confusione fra la formazione dell'obbligo e la prova di esso; e che tale confusione sia stata fatta forse a ragion veduta, a fine di poter conservare intatta, malgrado fosse andato in dissuetudine il *codex*, l' antica divisione delle obbligazioni contrattuali in obbligazioni *re*, *verbis*, *litteris* e *consensu*.

§ XXX.

Qualunque persona può dare o prendere danaro a mutuo, salvo le eccezioni prevedute dalla legge. Come nelle altre specie di negozi giuridici, così nel mutuo la capacità è la regola generale, e i casi d'incapacità sono affatto eccezionali.

Una disposizione di carattere particolare è quella che inibisce ai presidi delle provincie e ai loro addetti di dare danaro a mutuo. Se ne parla nel fr. 33 h. t. (MODESTINUS *libro decimo pandectarum*):

« Principalibus constitutionibus cavetur, ne hi qui provinciam regunt quive circa eos sunt negotientur mutuamve pecuniam dent faenusve exerceant. »

Da importanti costituzioni è stabilito, che i reggitori di una provincia e gli uffiziali da loro dipendenti non possono e-

sercitare il commercio nè dare danaro a mutuo, con o senza interessi.

La ragione del divieto è da ricercarsi sia nell' alta carica coperta dal preside, che lo avrebbe messo in una condizione più vantaggiosa di quella di un creditore ordinario, a scapito della condizione del debitore, sia nella ragionevole preoccupazione della grande influenza che specialmente un governatore ricco avrebbe potuto con tal mezzo acquistare nella provincia, e delle conseguenze politiche che avrebbero potuto derivarne. Tanto ciò è vero, che le due proibizioni menzionate nel passo non sono isolate, ma rientrano in un sistema generale d' incapacità da cui sono colpiti quei pubblici funzionari. Essi non possono, per esempio, ricevere doni, nè contrarre matrimonio nella provincia nella quale comandano, durante il tempo del loro ufficio.

§ XXXI.

Assai più importante in tema d'incapacità è il divieto fatto dal famoso senato-consulto Macedoniano ai figli di famiglia, di prendere danaro a mutuo. Tale divieto non solo ebbe vigore durante i periodi del diritto classico e del diritto giustinianeo, ma si mantenne altresì fino nelle più recenti codificazioni.

Dai principi generali del diritto romano non scaturiva alcuna incapacità di questo genere: poichè, come è noto, il *filiusfamilias* acquistava la piena capacità di obbligarsi dopo aver compiuto i quattordici anni per diritto antico, i venticinque per il diritto ultimo. L'unica conseguenza derivante dalle norme generali era, che il danaro, quantunque fosse stato ricevuto dal figlio e a questi incombesse l'obbligo della restituzione, diventava però proprietà del *paterfamilias*.

Così si spiega che, quando si volle imporre il divieto, si sentì la necessità di ricorrere a speciali disposizioni legislative. Una prima legge restrittiva fu emanata, secondo ci vien riferito da Tacito, sotto l'imperatore Claudio. Più tardi, ai tempi

di Vespasiano, la proibizione fu stabilita, nel modo più largo e definitivo, mediante il senato-consulto Macedoniano.

Un provvedimento così severo fu inspirato dal bisogno di porre riparo ad un uso invalso nei primi secoli dell' impero, che costituiva una immoralità e nello stesso tempo un serio pericolo per la vita dei padri di famiglia. Gli usurai romani solevano prestar danaro ai *filiifamilias* con la condizione di ricevere in restituzione una somma assai maggiore dopo la morte del padre. Ne avveniva, che questa era desiderata e aspettata con impazienza, dal figlio per liberarsi del debito, dal creditore per realizzare il suo disonesto guadagno. Anzi pare, che qualche volta sia stata anche affrettata: e che il movente prossimo del senato-consulto, dal quale anzi sarebbe derivata la denominazione di *Macedoniano*, sia stato il parricidio commesso da un figlio indebitato a fine di sodisfare alle ingorde brame di un usuraio chiamato *Macedo*. Questa congettura, che molti scrittori ritengono, desumendola, più che dalle fonti, da un accenno dello storico Svetonio, non è però concordemente accettata.

Il testo del senato-consulto è riportato nel fr. 1 pr. *de senatus consulto Macedoniano* 14, 6 (Ulpianus *libro vicensimo nono ad edictum*): dove, dopo il solito preambolo relativo alla *ratio* ed alla *occasio legis*, è soggiunto (1):

« ... placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam 'dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate 'fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exem-'plo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen ex-'spectata patris morte fieri.' »

Si è di avviso, che non si conceda azione a colui il quale ha dato danaro a mutuo ad un *filiusfamilias*, nemmeno dopo la morte del padre, che esercitava su lui la potestà familiare.

---

(1) Si osservi la costruzione grammaticale con l'infinito e il soggiuntivo. Essa è comune a tutti i senato-consulti: e la ragione è, che vi si esprime non un comando, ma un semplice parere, il quale serve poi di norma al pretore nell'esercizio della giurisdizione.

E ciò affinchè quelli che hanno la pessima abitudine di prestar. danaro ad interesse ai figli di famiglia sappiano, che il credito verso costoro non acquista efficacia neppure dopo l' aspettata morte del padre.

Come si vede, s' intese ad estirpare il malo dalla radice, ammonendo i creditori: è inutile che aspettiate la morte del padre, tanto non potrete agire lo stesso. Solamente, siccome il senato-consulto non ha virtù di creare il diritto civile, resta intatta in diritto civile la capacità giuridica del *filiusfamilias*; e gli si accorda, per respingere le pretese del mutuante, una eccezione, la così detta *exceptio senatus consulti Macedoniani*. E ciò fa altresì che sussista l' elemento naturale dell' obbligo: onde, eseguito un pagamento, sia pure parziale, a titolo di restituzione, non potrebbe il *filiusfamilias* ripetere per via della *condictio indebiti* ciò che ha pagato.

Le più rilevanti conseguenze giuridiche del divieto sono specificate nel fr. 14 *de rebus creditis etc.* (ULPIANUS *libro vicensimo nono ad edictum*):

« Si filius familias contra senatus consultum mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio obicietur... »

Se il figlio di famiglia, avendo preso danaro a mutuo ad onta della proibizione del senato-consulto, abbia poi pagato, nessuna eccezione si potrà opporre al padre che rivendica i danari.

Il figlio di famiglia infatti non può avere nulla di proprio: quindi, se paga mentre il padre è vivo, paga con danari non suoi ma del padre: in altri termini, il pagamento si effettua nelle medesime condizioni in cui la legge vieta che si contragga il mutuo. Il padre dunque esercita un proprio diritto incontestabile rivendicando la somma pagata. Ma, morto lui, il pagamento oramai si esegue dal figlio con danari di sua pertinenza: sicchè non avrebbe più fondamento la *condictio indebiti*.

Può darsi però che il mutuante consumi il danaro restituitogli: e la consumazione ha per effetto, come si è spiegato

altrove, di trasferire la proprietà. Il caso è preveduto nella continuazione del passo citato:

« ... sed si fuerint consumpti a creditore nummi, Marcellus ait cessare condictionem, quoniam totiens condictio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset: in proposito autem non esset. denique per errorem soluti contra senatus consultum crediti magis est cessare repetitionem. »

Ma se i danari restituiti siano stati consumati dal creditore, Marcello scrive che vien meno la *condictio*, poichè la *condictio* si accorda solo allora che i danari siano pagati in base a un titolo dal quale sarebbe nata l'azione, se il dominio ne fosse passato nell'*accipiens*: ora, nel caso in esame ciò non si verifica. In conchiusione, quando si restituiscano per errore i danari presi a mutuo contro le disposizioni del senato-consulto, è preferibile ritenere, che non vi è luogo a ripetizione.

Il testo conferma e dilucida il principio enunciato, intorno alla esistenza dell'obbligo naturale. La *condictio indebiti* non si ammette contro il mutuante che è divenuto proprietario del danaro pagato mediante l'impiego fattone, perchè essa presume un titolo valido capace di produrre il trasferimento del dominio e la relativa azione. Pertanto, pagato che si sia per errore, non si può agire in ripetizione fondandosi sul senato-consulto Macedoniano: invero rimane, malgrado il senato-consulto, un'obbligazione naturale, e la caratteristica di questa è appunto l'irrepetibilità di ciò che in base ad essa si è pagato. E che l'obbligo naturale rimanga è detto espressamente nei fr. 9 § 5, 10 e 11 *de SC. Maced.*: « Quamquàm autem solvendo non repetant, » « quia NATURALIS OBLIGATIO MANET, » « tamen... »

Il punto su sopra tutto interessa fermarsi, perchè può ingenerare equivoci e confusione, è il seguente. La dizione del senato-consulto sembra escludere addirittura l'ammissibilità della *condictio mutui*: « placere, ne... actio petitioque daretur »; come si spiega, che si parli poi di *exceptio senatus consulti Macedoniani*? E' facile ragionare così: se si nega sen-

z'altro l'esistenza dell'obbligo, allora si ha una *litis contestatio negativa*, il giudizio abortisce nel primo stadio della procedura: come si può dunque parlare di eccezione, se manca proprio l'azione a cui essa dovrebbe resistere? Viceversa, solo nel caso che non si tolga di mezzo la *condictio*, si concepisce che il pretore, nel mentre accorda questa, imponga al giudice nella formola di tener conto della *exceptio*. In sostanza, si domanda: il divieto del senato-consulto produce una *delegatio actionis* ovvero una *concessio exceptionis*?

Il vero è che — come dianzi si è osservato — il senato-consulto non può avere la forza d'impedire che si sperimenti l'azione. L'eccezione è sempre necessaria per paralizzarla. Nella pratica però, avendo riguardo all'ordinamento processuale, essa può produrre effetti diversi. Può accadere, che l'eccezione apparisca fin dal primo momento fondata e di indiscutibile evidenza: posto ciò, ad evitare lungaggini, il pretore fa a meno di rinviare le parti *in iudicio*, e strozza *in iure* il procedimento, negando *sic et simpliciter* l'azione. Invece, se per un motivo qualsiasi l'eccezione venga contestata — se per esempio il creditore alleghi la propria buona fede nel momento della conchiusione del contratto, o impugni la qualità di *filiusfamilias* nel mutuatario — allora è indispensabile concedere l'azione, inserendo nella formola l'eccezione, e rinviare i contendenti dinanzi al giudice per sentir pronunziare sul merito.

Non tutte le specie di mutuo sono soggette alla eccezione del senato-consulto. Prima di tutto l'eccezione non ha luogo, quando la forma stessa con cui fu stipulato il contratto dimostra chiaramente, che in esso non vi è nulla d'illecito e di contrario allo scopo della proibizione. Alcuni esempi sono addotti nel fr. 3 § 3 *de SC. Maced.* (ULPIANUS *libro vicensimo nono ad edictum*):

« Is autem solus senatus consultum offendit, qui mutuam pecuniam filio familias dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit locavit vel alio modo contraxit: nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est. et ideo etsi in creditum abii filio familias vel ex causa emptionis vel ex alio contractu, in

quo pecuniam non numeravi, etsi stipulatus sim: licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrit, cessat senatus consultum. quod ita demum erit dicendum, si non fraus senatus consulto sit cogitata, ut qui credere non potuit magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem. »

Viola il senato-consulto solamente colui il quale dà danaro a mutuo a un figlio di famiglia, non già chi altrimenti contratta con lui, per esempio mediante vendita o locazione o altro negozio giuridico: e la ragione di ciò è, che solo la dazione di danaro è stata ritenuta pericolosa per i genitori. Per conseguenza, sebbene io sia diventato creditore di un figlio di famiglia in base a una vendita o ad altro contratto in cui non gli abbia versato danaro, e sebbene abbia stipulato la restituzione della somma, vale a dire abbia trasformato in mutuo il titolo originario del credito; tuttavia, siccome non vi è stata numerazione di danaro, è inapplicabile il senato-consulto. Ciò, beninteso, in tanto è da dirsi in quanto non si sia escogitata una frode per eludere il senato-consulto, nel senso che colui il quale non poteva far credito senza incappare nella proibizione abbia fatto una vendita al figlio di famiglia, con lo scopo che questi ritenesse il prezzo della cosa a titolo di mutuo.

Qui è la *mens legis* che serve di guida a Ulpiano nel risolvere il caso. Il senato-consulto mirava in principal modo ad impedire che i figli di famiglia facessero debiti per sodisfare ai loro vizi giovanili dissipando inconsideratamente danaro. Ora, se il mutuo non ha avuto origine da una consegna effettiva di moneta, ma non è se non il prodotto ultimo di una vendita o di una locazione fatta al figlio di famiglia, o di qualunque altro contratto in cui egli non abbia ricevuto danaro: non ha più ragion di essere il divieto, e perciò non sussiste l'eccezione. Però, quando si è di fronte a un contratto di vendita impugnato con l'eccezione del senato-consulto, è necessario scrutarne a fondo l'essenza, guardare non soltanto a ciò che appare esternamente, ma, a preferenza, a ciò che in realtà le parti hanno voluto con-

chiudere: poichè bene spesso sotto la larva della vendita si cela il mutuo, e la vendita non è che un pretesto per schivare la nullità. In buona sostanza, occorre mettere in chiaro, valutando le circostanze di fatto, se la compra-vendita e il mutuo formino due titoli distinti e separati, o se piuttosto il negozio giuridico voluto dai contraenti non sia stato in origine una compra-vendita, trasformatasi successivamente in mutuo riguardo al prezzo. Ciò risponde anche al criterio di distinzione adottato a proposito di questa specie di contratto (pag. 81-83).

L' applicabilità del senato-consulto in relazione all' oggetto del mutuo è considerata nel fr. 7 § 3 eod. tit. (ULPIANUS *libro vicesimo nono ad edictum*):

« Mutui dationem non solum numeratae pecuniae, verum omnium, quae mutua dari possunt, an accipere debeamus, videndum. sed verba videntur mihi ad numeratam pecuniam referri: ait enim senatus 'mutuam pecuniam dedisset'. sed si fraus sit senatus consulto adhibita, puta frumento vel vino vel oleo mutuo dato, ut his distractis fructibus uteretur pecunia, subveniendum est filio familias. »

Il giureconsulto si propone il quesito, se il senato-consulto abbia inteso vietare solamente i prestiti di danaro contante, o se non abbia piuttosto voluto colpire tutte le specie di prestito, compreso il mutuo di cose fungibili. La lettera del senato-consulto—egli dice — a me sembra che si riferisca soltanto al danaro, perchè si adopera l'espressione *mutuam pecuniam dedisset*. Ulpiano dunque applica la nota regola d' interpetrazione, che non si possono le norme di carattere eccezionale estendere ad altri casi. Questa regola per altro non è assoluta e va intesa *cum grano salis*. Senza dubbio non è lecito estendere per analogia le disposizioni di diritto singolare da un caso contemplato a un caso non contemplato; tuttavia, se il caso non è contemplato non già perchè tale era l'intenzione del legislatore, ma soltanto perchè egli non ha saputo tradurre il suo pensiero in una formola precisa: allora più che alle parole bisogna dar peso allo spirito della legge. Qui però lo spirito del senato-consulto collima assai bene con la dizione letterale:

infatti, come si può arguire dai precedenti che vi diedero occasione, e come d'altronde è detto nel fr. 3 § 3 cit., i soli mutui di danaro contante si ritennero pericolosi per i padri di famiglia (... *pecuniae datio* perniciosa parentibus eorum visa est).

Però — conchiude il testo — se le parti abbiano voluto con una frode eludere il divieto, per esempio dando a mutuo frumento o vino od olio affinchè il mutuatario li vendesse e facesse uso del danaro, si accorda in questo caso l'eccezione. Il dare a mutuo cose fungibili può essere benissimo un modo per nascondere l'effettiva intenzione dei contraenti: sicchè, come si fa sempre trattandosi di simulazione, si guarda a ciò che realmente forma la sostanza dell'atto, *quod actum est.*

Quanto alla sussistenza o meno della frode, è una questione di fatto da risolversi dal giudice esaminando le circostanze del caso. Supponiamo, che vengano prestati cento ettolitri di grano a un figlio di famiglia adibito dal padre alla direzione di un'azienda agraria, e che egli se ne serva per la semina, o per dare il vitto a gli schiavi impiegati nella coltura: allora concorrono tali presunzioni, che escludono nel modo più evidente la frode. Ma se invece il figlio di famiglia non solo non dirigeva nessuna azienda, ma era perfino sprovvisto di peculio, e il creditore era a cognizione di questo stato di cose; se, avuto il grano, si è nello stesso giorno affrettato a venderlo e a sciupare il prezzo ricavatone: allora il negare l'eccezione solo perchè si è consegnata una cosa diversa dal danaro sarebbe contrario ai principi elementari della logica e fornirebbe un mezzo assai comodo per farla in barba al senato-consulto.

L'eccezione è inammessibile quando il mutuante nel prestare il danaro credeva in buona fede di aver che fare con un *paterfamilias.* La sua però dev'essere una ignoranza scusabile e verosimile. Questo concetto è enunciato in due passi del titolo *de senatus consulto Macedoniano.* L'uno è il fr. 3 pr. h. t. (ULPIANUS *libro vicensimo nono ad edictum*):

« Si quis patrem familias esse credidit non vana simplicitate deceptus nec iuris ignorantia, sed quia publice pater fami-

lias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, cessabit senatus consultum. »

Se alcuno abbia creduto che il debitore fosse un *paterfamilias*, tratto in inganno non da crassa ingenuità nè da ignoranza del diritto, ma perchè quegli pubblicamente sembrava ai più che fosse un *paterfamilias*, e come tale agiva, contrattava, disimpegnava gli uffici pubblici: non ha efficacia l'eccezione del senato-consulto.

L'altro testo è il fr. 19 eod. tit. (POMPONIUS *libro septimo ex variis lectionibus*):

« Iulianus scribit exceptionem senatus consulti Macedoniani nulli obstare, nisi qui sciret aut scire potuisset filium familias esse eum cui credebat. »

Giuliano scrive, che l'eccezione del senato-consulto Macedoniano non si può opporre se non a colui il quale sapeva o avrebbe potuto sapere che il mutuatario era un figlio di famiglia.

Inoltre l'eccezione non trova luogo, quando il prestito sia fatto in relazione al *peculium castrense* che il figlio di famiglia possieda. Ed è naturale, perchè in riguardo al peculio castrense, che era formato da tutti i beni che il figlio avesse acquistato nell'esercizio della milizia, egli era tenuto *loco patris familias*: mancava quindi addirittura l'estremo essenziale dell'incapacità. Fr. 1 § 3 eod. tit. (ULPIANUS *libro vicensimo nono ad edictum*):

« In filio familias nihil dignitas facit, quo minus senatus consultum Macedonianum locum habeat: nam etiamsi consul sit vel cuiusvis dignitatis, senatus consulto locus est· nisi forte castrense peculium habeat: tunc enim senatus consultum cessabit »

Fr. 2 eod. tit. (IDEM *libro sexagensimo quarto ad edictum*):

« usque ad quantitatem castrensis peculii, cum filii familias in castrensi peculio vice patrum familiarum fungantur. »

Il *filiusfamilias* dunque, godendo della piena capacità nelle materie di diritto pubblico, può ascendere a qualsiasi alta dignità, può magari esser nominato console, senza che per ciò egli acquisti la capacità dei diritti privati, e senza che a ri-

guardo di lui venga meno l'efficacia del senato-consulto Macedoniano. Però, se egli possiede per avventura un peculio castrense, i mutui relativi a questo sono validi e inoppugnabili fino alla concorrenza dei beni peculiari: imperocchè è risaputo, che in riguardo al peculio castrense i *filiifamilias* sono considerati come *patresfamilias*.

Finalmente, il senato-consulto è inapplicabile quando il *filiusfamilias*, diventato *paterfamilias*, abbia rinunziato a valersi dell' eccezione: una rinunzia fatta prima è, naturalmente, inefficace. E' inapplicabile altresì, quando il padre abbia prestato il suo assenso alla conchiusione del mutuo, o se, malgrado non lo abbia consentito, ne abbia ricavato un qualche profitto.

§ XXXII.

La forma più usuale di mutuo è il mutuo ad interesse, denominato nelle fonti *faenus*. Importa quindi farne oggetto di un accurato esame.

Gl' interessi non si corrispondono soltanto nel mutuo, ma possono accedere a innumerevoli rapporti giuridici: onde la teorica intorno ad essi ha una larga importanza di indole generale. In diritto romano non esiste il concetto della distinzione affatto moderna degl'interessi in *convenzionali* e *legali*, si bene vengono classificati in *usurae quae sunt in obligatione* e *usurae quae officio iudicis praestantur*. Le une hanno una causa giuridica per sè stante, costituiscono un'obbligazione autonoma, che prende il più delle volte la forma di una stipulazione; le altre sono dovute in base all'*officium iudicis*.

Potrebbe sembrare a primo aspetto, che gl' interessi della prima specie, derivando da un patto, s' identifichino con gl' interessi convenzionali in senso moderno. Tuttavia non è così. Salvo i casi speciali in cui la legge o l' editto attribuiscono efficacia al patto d' interessi, il diritto su questi generalmente si fa valere mediante l' azione che nasce dal contratto principale. Quando sono convenuti in un patto aggiunto a un contratto di

buona fede, ne costituiscono un accessorio, su cui si estende il potere del giudice: sicchè in ultima analisi sono anche qui dovuti in virtù dell' *officium iudicis.*

Se invece non vi è patto, sorgono gl'interessi *ex mora*, interessi moratori, relativi anch'essi ai contratti di buona fede. Trattandosi di mutuo, è chiaro dunque che non si può parlare d'interessi moratori veri e propri, i quali assumono invece la forma di una penalità, stabilita mediante stipulazione, per il caso in cui dovesse verificarsi la mora. La mancanza di questa convenzione non priva però il creditore di qualunque compenso. Infatti uno dei caratteri più spiccati dell' *actio certae creditae pecuniae* è—come si è detto a suo luogo (pag. 37) — la *stipulatio tertiae partis*, la quale supplisce in certo modo a gli interessi moratori.

Concretando, diciamo che nel mutuo gl'interessi non soltanto non si presumono, ma — se vengano stabiliti in un patto aggiunto — non si possono domandare con l'azione di mutuo, appunto perchè il contratto è *stricti iuris* e reale. Nella pratica le usure formavano oggetto di una stipulazione (*stipulatio usurarum*), o, più semplicemente, si stipulavano nello stesso tempo il capitale e gl'interessi (*stipulatio sortis et usurarum*).

Resta ora da vedere, quale sia nel mutuo l'efficacia giuridica del patto aggiunto d'interessi. Si suol dire, che i *pacta adiecta* nei contratti di stretto diritto dànno vita a un obbligo naturale; ma ciò è molto controverso, anzi è respinto quasi unanimemente dai romanisti moderni.

Qualche esempio ricavato dalle fonti ci mostrerà, qual valore si attribuisse in alcuni casi al patto.

C. 5 *de usuris* 4, 32 (*Impp. Severus et Antoninus AA. Ultumio Sabino et aliis*):

« Adversus creditorem usuras maiores ex stipulatu petentem, si probetur per certos annos minores postea consecutus utilis est pacti exceptio. secundum quod tueri causam potestis etiam adversus defensores civitatis maiores petentes ex cautione, si probaveritis semper quincunces amitam pupillorum vestrorum, quae maiores caverat, rependisse. »

Contro il creditore che domanda interessi maggiori in base a una stipulazione, se si provi che per un certo numero di anni gli furono pagati in proporzioni minori, si può opporre utilmente la *exceptio pacti.*

Il caso si può formulare così: Tizio ha stipulato gl'interessi sul capitale dovutogli, nella misura, poniamo, del 12 °[o all'anno (*usurae centesimae*). Per molti anni gl' interessi gli sono stati pagati nella misura del 6 °[o, ed egli li ha ricevuti senza fare alcuna riserva. Questione: se agisce per il dippiù, si potrà respingere la domanda con un' eccezione derivante dal fatto di aver egli percepito per lungo tempo gl' interessi minori? La costituzione risponde che si, perchè, quantunque vi sia una stipulazione, si deve intendere che il debitore col pagare e il creditore con l'esigere solo il 6 °[o abbiano con un patto tacito ridotto della metà il tasso dell'interesse.

Conseguentemente — conchiude l' imperatore, applicando la norma al caso pratico sottoposto alla sua decisione—voi potrete far valere l'eccezione anche contro i rappresentanti della città che agiscono per gl'interessi maggiori in base a una scrittura, se vi riesca di dimostrare, che la zia dei vostri pupilli ha pagato sempre il 5 °[o, malgrado si fosse obbligata per un tasso superiore.

Più importante è il quesito, se, mancando del tutto la convenzione d' interessi, il pagamento che se ne sia fatto per parecchi anni faccia acquistare al creditore il diritto di pretenderli. Sul proposito così si esprime il fr. 6 pr. *de usuris et fructibus etc.* 22, 1 (PAPINIANUS *libro vicesimo nono quaestionum*):

« Cum de in rem verso cum herede patris vel domini ageretur et usurarum quaestio moveretur, imperator Antoninus ideo solvendas usuras iudicavit, quod eas ipse dominus vel pater longo tempore praestitisset. »

Proposta l' azione *de in rem verso* contro l' erede del padre o del proprietario dello schiavo, essendo sorta disputa intorno a gl'interessi, l'imperatore Antonino giudicò, che gl' interessi dovessero pagarsi, per ciò che il proprietario stesso o il padre li avessero per lungo tempo pagati.

Il testo non s' intende senza richiamare i principi fondamentali relativi al peculio e all'*actio de in rem verso* in diritto romano. Il peculio è un patrimonio singolare, del quale si concede al figlio di famiglia o allo schiavo, per determinati scopi, l' amministrazione separata. Nei limiti delle forze peculiari il *paterfamilias* o il *dominus* sono responsabili verso i creditori del figlio o del servo: essi però hanno diritto a precapire i loro crediti, salvo che si trattasse di una *merx peculiaris* — peculio destinato al commercio — nel qual caso non godono alcun privilegio, ma entrano in concorso a parità di condizioni con tutti gli altri creditori mediante la cosi detta *actio tributoria.* Tuttavia, quando i crediti concorrenti eccedano bensi l'ammontare delle forze peculiari, ma il supero sia tornato a vantaggio del padre o del proprietario: allora si ha la *versio in rem*, con la quale si modifica e si completa la formola dell'*actio de peculio.* Questo era il concetto della *in rem versio* in diritto romano; nel diritto moderno si può dire in generale assai più largo, ma nel determinarne l'estensione vi è grave discordia fra i civilisti.

Ora, si vuol sapere se con l'*actio de in rem verso* sia lecito domandare al padre o al *dominus* gl' interessi, ove non siano stabiliti nè per stipulazione nè per patto. La decisione è affermativa se, non ostante il silenzio delle parti circa gl'interessi, questi siano stati pagati per lungo spazio di tempo.

Non si deve credere però, che il diritto a gl' interessi abbia fondamento nel verificarsi della prescrizione acquisitiva. Ciò ripugna ai concetti del diritto romano puro, il quale ammise l' usucapione soltanto per la proprietà e per certi diritti reali, mentre nelle obbligazioni essa non fu introdotta se non dal diritto canonico. Piuttosto che di prescrizione si deve dunque parlare di *prova* dell' obbligo. Certamente non è facile nè naturale, che il debitore paghi degl'interessi che non sono stati stabiliti: quindi il fatto dei ripetuti pagamenti crea una *praesumptio iuris* della esistenza originaria di un titolo, in base al quale gl'interessi erano dovuti.

Infinite applicazioni pratiche riceve, in diritto romano e

in diritto moderno, il principio esposto. Così, per ricordarne una, colui il quale per trent'anni ha percepito un determinato canone, senza possedere un titolo che gliene conferisca il diritto, può dimostrare l'esistenza del censo producendo le contro-ricevute (*antapochae*) dei pagamenti a lui eseguiti. Ricordiamo ancora la famosa controversia agitatasi più volte dinanzi la cassazione di Roma e la IV sezione del Consiglio di Stato, e risoluta in vario senso, intorno all' obbligo di provvedere alle spese di culto da parte di quei comuni, che per molti anni ne avessero fatto la relativa inscrizione in bilancio. Ammesso che l'obbligo sussista, si è discusso e si discute, se esso si fondi su la prescrizione ovvero su la presunzione dell' esistenza di un titolo. Prevale, secondo me rettamente, la seconda di queste opinioni.

Vi sono però tre casi eccezionali in cui, derogando al principio, che nel mutuo gl' interessi stabiliti per semplice patto non sono dovuti, si accorda piena efficacia al patto mediante disposizioni della legge o dell'editto.

Il primo caso si riferisce ai mutui assunti dalle città: fr. 30 *de usuris et fructibus etc.* 22, 1 (PAULUS *libro singulari regularum*): « Etiam ex nudo pacto debentur civitatibus usurae creditarum ab eis pecuniarum. »

L' altro caso è quello del *faenus nauticum* e del *faenus quasi-nauticum*, contratti analoghi al mutuo, e corrispondenti, all' ingrosso, al moderno *prestito a cambio marittimo:* Fr. 7 *de nautico faenore* 22, 2 (PAULUS *libro tertio ad edictum*):

« In quibusdam contractibus etiam usurae debentur quemadmodum per stipulationem. nam si dedero decem traiecticia, ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam, dicendum est posse me sortem cum usuris recipere. »

In alcuni contratti anche gl' interessi sono dovuti come se fossero stati promessi per via di stipulazione. Imperocchè, se io abbia dato dieci da trasportarsi per mare, e abbia pattuito che, se la nave giungerà salva in porto, riceverò il capitale con certi interessi: si deve ritenere, che il patto è valido ed efficace.

Finalmente gl' interessi possono esser convenuti con un

nudo patto anche nel mutuo di cose fungibili (cfr. c. 11 (12) *de usuris* 4, 32).

§ XXXIII.

Indagine feconda delle più importanti conseguenze giuridiche è quella su la natura dell' *interesse* in senso generale. Essa è indispensabile per determinare la funzione specifica che l'interesse compie nel contratto di mutuo.

Sebbene non sia qui il luogo opportuno per trattare a fondo l'argomento, tuttavia non possiamo fare a meno di rilevare, quanto siano monche e poco scientifiche le definizioni di quegli scrittori, che nell' interesse ravvisano null'altro che il compenso del godimento di un capitale ricevuto, o il compenso della mancanza di godimento di quel capitale da parte del creditore. L'insufficienza di tali concetti si dimostra con due considerazioni pratiche semplicissime. Come è noto, il depositario è tenuto a pagare gl' interessi sul capitale affidatogli, quando se ne sia servito; o quando, senza essersene servito, sia in mora di restituire. Nel primo caso non si può parlare di compenso dell'uso mancato al creditore, perchè è evidente che depositando il capitale egli non poteva pensare a servirsene durante il tempo del deposito; nel secondo, il debitore non ha adoperato affatto il danaro, quindi l'interesse non può essere il compenso di un godimento che non esiste: eppure sì nell' uno che nell'altro il diritto del deponente a gl'interessi è incontestabile.

Possiamo dire dunque, adottando una formola più precisa, che l'interesse, nel significato economico della parola, è il frutto, il reddito di un capitale. Nel mutuo poi esso costituisce il corrispettivo dell'uso del capitale prestato: analogo in ciò al fitto, che si corrisponde nella locazione, ma con questa notevole differenza, che mentre il fitto rappresenta il reddito di un capitale fisso, l' interesse del mutuo invece è il frutto di un capitale circolante, ossia di un capitale che sparisce e si consuma nei vortici della produzione, per uscirne trasformato e aumentato.

Venendo ora all'applicazione pratica del concetto, il punto essenziale è il seguente. Gl'interessi scaduti che si aggiungono al capitale formano un tutt'uno con esso, o sono qualche cosa di staccato e d'indipendente? E quindi, se — poniamo il caso — io sono debitore di cento per il capitale e di dieci a titolo d'interessi, e pretendo di pagare soltanto cento, potrà o no il creditore rifiutare il pagamento?

Evidentemente, poichè il creditore non può essere costretto a ricevere un pagamento parziale, e il debito oramai è di cento e dieci, il rifiuto è legittimo, e non potrebbe per conseguenza il debitore liberarsi mediante l' offerta reale e il deposito, se non offrendo e depositando capitale e interessi, *sors cum sua causa.*

Il debito dunque è unico: capitale e interessi stanno fra loro nel rapporto da principale ad accessorio. Bisogna guardarsi però dall'attribuire all' accessorietà un significato assoluto. L' accessorietà va intesa nel senso, che in tanto sussiste l' obbligo degl' interessi in quanto vi è un obbligo per il capitale; ma in che modo essa influisce sul diritto di domandare gl' interessi dopo che si è ricevuto il pagamento del capitale? È questa una questione che non si può risolvere se non distinguendo fra *usurae quae officio iudicis praestantur* e *usurae quae sunt in obligatione.*

Trattandosi di contratti di buona fede, nei quali — come si è detto — gl'interessi si domandano con l'azione principale, è chiaro che, scomparsa l' azione suddetta, non rimane alcun mezzo per far valere il diritto a gl'interessi. Si ha pertanto un legame di accessorietà *sostanziale.*

L'inverso accade nel mutuo. In esso, come in tutti i contratti di stretto diritto, l' accessorietà è puramente *formale.* Qui due sono i contratti, e due le obbligazioni che ne derivano, l'una certa per il capitale, l'altra incerta per gl' interessi: onde nulla vieta che si possano richiedere gl' interessi dopo che si è sperimentata l'azione di mutuo o si è percepito il capitale.

Il ragionamento porterebbe logicamente a conchiudere, che,

quando l'obbligo della restituzione del capitale mutuato sia prescritto, resta nondimeno fermo il diritto di agire per gl'interessi, anche se scaduti. In diritto romano vi è una disposizione positiva che stabilisce precisamente l'opposto. E' la c. 26 pr. *de usuris* 4, 32 (*Imp. Iustinianus A. Menae pp.*):

« Eos, qui principali actione per exceptionem triginta vel quadraginta annorum, sive personali sive hypothecaria, ceciderunt, non posse super usuris vel fructibus praeteriti temporis aliquam movere quaestionem dicendo ex his temporibus eas velle sibi persolvi, quae non ad triginta vel ad quadraginta praeteritos annos referuntur, et adserendo singulis annis earum actiones nasci: principali enim actione non subsistente satis supervacuum est super usuris vel fructibus adhuc iudicem cognoscere. »

Coloro i quali sono decaduti dall'azione principale, sia personale sia ipotecaria, in forza della prescrizione di trenta o di quarant'anni, non possono domandare gl'interessi o i frutti scaduti, dicendo di non pretendere se non il pagamento di quelli maturati nel tempo non compreso nei trenta o nei quarant'anni, e affermando che le azioni ad essi relative sorgono anno per anno. Invero, non sussistendo più l'azione principale, è assolutamente inutile che il giudice si occupi ulteriormente degl'interessi o dei frutti.

Quanto al diritto vigente, è superfluo ricordaro, che la prescrizione degl'interessi si compie in un termine minore di quello fissato per la prescrizione del capitale, ossia in cinque anni (cod. civ. art. 2144 ult. comma).

§ XXXIV.

Normalmente nella stipulazione d'interessi viene indicato, in quale misura si dovranno questi corrispondere. Mancando l'indicazione precisa, saranno ciò non pertanto dovuti, e — se sono dovuti — quale ne sarà il tasso?

La risposta varia col variare degli elementi di fatto. Non di rado le parti dichiarano nello scritto che, circa il tasso de-

gl' interessi, si rimettono a ciò che hanno stabilito oralmente. È il caso contemplato nel fr. 41 § 2 *de usur. et fruct.* 22, 1 (MODESTINUS *libro tertio responsorum*):

« Ab Aulo Agerio Gaius Seius mutuam quandam quantitatem accepit hoc chirographo: ' ille scripsi me accepisse et accepi ab illo mutuos et numeratos decem, quos ei reddam kalendis illis proximis cum suis usuris placitis inter nos' : quaero, an ex eo instrumento usurae peti possint et quae. Modestinus respondit, si non appareat de quibus usuris conventio facta sit, peti eas non posse. »

Gaio Seio ricevette da Aulo Agerio una certa quantità di danaro a prestito, rilasciandogli il seguente documento scritto: « Io, Tal dei Tali, scrissi di aver ricevuto, ed ho ricevuto effettivamente da Tizio, dieci a titolo di mutuo, che egli mi ha consegnato, e che io gli restituirò alle prossime calende insieme co' i relativi interessi stabiliti fra noi ». Domando, in base a questa scrittura se e quali interessi possano domandarsi. Modestino rispose, che, se non risulti su quale tasso d'interessi si è formato l'accordo, non si possono chiedere.

Ma in che modo si dovrà e si potrà far risultare l'esistenza del suddetto accordo? La scrittura di obbligo tace al riguardo, nè dal complesso se ne può ricavare alcun indizio: è indispensabile quindi attingere i mezzi di prova da circostanze esteriori. E ciò è perfettamente logico, ove si consideri che la stipulazione era e si conservò anche negli ultimi tempi un contratto verbale, un contratto cioè alla cui perfezione era necessaria e sufficiente la pronunzia delle parole solenni. E' bensì vero, che quasi sempre la si redigeva in iscritto; ma ciò tendeva soltanto ad assicurare la prova, e non valeva a far assumere alla stipulazione il carattere di un *negotium quod ex scripto agitur* (vedi pag. 12 e seg.).

Che se col sussidio di circostanze estrinseche non si possa pervenire a determinare la misura degl'interessi, è da ritenere che siano dovuti gl' interessi consuetudinari nella regione in cui fu conchiuso il contratto. Si sa difatti, che per diritto romano la consuetudine, quando riunisca certi requisiti di uni-

formità e di durevolezza, ha l'efficacia di norma legislativa; in diritto moderno si è ben lungi dal seguire un tale principio, salvo i casi in cui nella legge stessa non vi sia un espresso richiamo alla consuetudine.

Infine, quando neppure la consuetudine offra elementi di determinazione, non vi è alcun obbligo d'interessi. Secondo le idee moderne, sarebbero dovuti gl'interessi legali, o taciti, o presunti che dir si vogliano; in diritto romano invece tale presunzione non ha luogo, e la frase *interesse legale* altro non significa, se non un tasso d'interesse, fissato dal legislatore, che rappresenta il *maximum*, al di là del quale non è lecito obbligarsi validamente.

§ XXXV.

Il *maximum* legale dell'interesse subì notevoli variazioni nei diversi periodi storici. Ora si ha una legge che lo diminuisce, indi ne sopravviene un'altra che lo aumenta: talvolta si arriva a proibire la convenzione d'interessi. La ragione di questi continui mutamenti è da ricercarsi nelle sedizioni della plebe, la quale, più che da cause politiche, era spinta dalla miseria a ribellarsi alle angarie della classe dominante, e spesso otteneva la riduzione degl'interessi, non di rado perfino l'annullamento dei debiti per l'intero capitale. Nè la plebe soltanto versava in tristi condizioni economiche; sappiamo infatti, per concorde testimonianza di scrittori non giuridici, che gli uomini più importanti vissuti verso la fine della repubblica e i primi tempi dell'impero conquistarono la loro posizione politica profondendo danaro, e che per procurarselo erano costretti a ricorrere a mutui enormi, conchiusi a patti addirittura scandalosi.

La prima legge limitatrice si crede che sia stata quella delle XII tavole, in cui il tasso legale è fissato all'*unciarium faenus*. Esso corrisponde alla dodicesima parte (*uncia*) del capitale, considerando questo come *as*, appunto perchè l'*as* si divide in dodici once: sicchè equivale — secondo l'opinione prevalente — all'8, 33 °/₀ all'anno. Il NIEBUHR crede invece, che il tasso

suddetto deva riferirsi all' anno di dieci mesi, stabilito da Numa, e che quindi sia stato del 10 % per ogni anno di dodici mesi. In realtà questo preteso anno di dieci mesi non esistette mai, come è stato dimostrato da studi recenti.

La legge *Duilia Moenia* (397) confermò le disposizioni della legge delle XII tavole. Nell' anno 407 il tasso legale fu ridotto alla metà, ossia al 4,17 % (*semunciarium faenus*); in ultimo la legge *Genucia*, del 412, vietò assolutamente la stipulazione d'interessi. Ma sembra che questo divieto sia stato ben tosto abrogato per desuetudine, perchè è certo che ai tempi di Cicerone è il tasso legale era del 12 % all' anno, 1 % al mese. Erano le *usurae* così dette *centesimae*, o anche *calendariae*, perchè scadevano alle calende di ogni mese.

Nel fatto sta, che sotto l' impero il danaro costava assai meno del 12 %, specialmente nelle contrattazioni commerciali. Il corso dell' interesse era regolato, naturalmente, dalla legge economica dell'offerta e della domanda, ma nelle sue oscillazioni non raggiungeva mai il tasso legale. Tanto è vero, che in alcuni contratti dell'epoca e in numerosi luoghi di scrittori non giuridici troviamo fatto cenno di interessi nella misura dell'otto, del sei, del cinque, del quattro, perfino del due e mezzo per cento.

La diversa misura degl'interessi dà luogo a denominazioni diverse usate nelle fonti. Così si hanno le *usurae quadrantes* (3 %, quarta parte delle *usurae centesimae*), *trientes* (4 %, terza parte), *quincunces* (5 %), *semisses* (6 %), *septuncies* (7 %), *besses* (8 %), *deuncies* (11 %), ecc. Si hanno poi, raddoppiando, triplicando ecc. gl'interessi legali, le *usurae binae centesimae* (24 %), *ternae centesimae* (36 %), *quaternae centesimae* (48 %), *quinae centesimae* (60 %), e via di sèguito.

Giustiniano fissò come tasso legale il 6 %, *usurae semisses*. Ma questo non era l'unico, altri ne erano stabiliti avendo riguardo alle persone che prestavano o a quelle che prendevano danaro a mutuo. Per esempio, era dell' 8 % quando il mutuatario fosse un commerciante o un industriale, del 4 % quando fosse una *persona illustris*, ossia un nobile: era del 4,17 % quando il mutuante fosse un agricoltore. Sono norme compli-

catissime, che hanno lo scopo di favorire alcune determinate classi di persone, e non sono inspirate da criteri giuridici. Giustiniano inoltre ridusse al 12 % l'interesse, prima di lui illimitato, del *faenus nauticum*, come si dirà meglio parlando di questo istituto (§ XXXIX).

La sanzione del divieto di pattuire interessi maggiori dei legali era assicurata anticamente nel modo più energico in forza di una *lex Marcia* contro gli usurai, della quale troviamo menzione in Gaio (IV, 23):

« Sed aliae leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus iniectionem, sed puram, id est non pro iudicato: velut lex *Furia*... item lex Marcia adversus faeneratores, ut si usuras exegissent, de his reddendis per manus iniectionem cum eis ageretur. »

Stando a ciò che si ricava da questo passo, si poteva agire con una *manus iniectio pura* contro il creditore che avesse ricevuto interessi al di là dei legali. La *manus iniectio*, secondo che afferma Catone nel *De re rustica*, tendeva al pagamento del quadruplo di ciò che si era indebitamente percepito; ma è più probabile, che intentando l'azione si domandasse il doppio, e che la condanna al quadruplo fosse relativa al solo caso d'*infitiatio*, vale a dire quando il creditore contestasse a torto la ricevuta.

L' azione per altro non si poteva sperimentare se non in sèguito all' effettiva esazione che il creditore avesse fatta del dippiù (si usuras *exegissent*). In altri termini la convenzione era valida ed efficace per diritto civile, laonde il creditore poteva farla valere in giudizio ed ottenere il pagamento; ma ciò facendo si esponeva al pericolo che il debitore reagisse con la *manus iniectio ex lege Marcia* e lo costringesse a pagare oggi venti mentre ieri aveva ricevuto dieci.

Giustiniano tolse di mezzo siffatte esagerazioni di rigore, dichiarando, che gl'interessi illegalmente percepiti si imputano sul capitale, e, in caso che lo eccedano, se ne può chiedere semplicemente la restituzione (c. 26 § 4 *de usuris*).

§ XXXVI.

Altre limitazioni, dirette ad impedire l'accumulo degl'interessi arretrati, erano: il divieto, che gl'interessi scaduti si trasformassero in capitale e generassero quindi altri interessi (*usurae usurarum*); e la norma, che il capitale non potesse produrre interessi, oltre un certo limite determinato per legge.

La capitalizzazione degl'interessi, o *anatocismus*, nel diritto classico era probabilmente vietata per gl'interessi non ancora scaduti; ma senza dubbio era lecito, dopo la scadenza, trasformare con una novazione il debito d'interesse in debito di capitale. Giustiniano nota il difetto logico inerente, secondo lui, a questo sistema, nella c. 28 pr. *de usuris* (*Imp. Iustinianus A. Demostheni pp.*) :

« Ut nullo modo usurae usurarum a debitoribus exigantur, et veteribus quidem legibus constitutum fuerat, sed non perfectissime cautum. si enim usuras in sortem redigere fuerat concessum et totius summae usuras stipulari, quae differentia erat debitoribus, qui re vera usurarum usuras exigebantur? hoc certe erat non rebus sed verbis tantummodo leges ponere. »

Che gl' interessi degl'interessi non potessero in verun modo esigersi dai debitori, era stato stabilito anche dalle antiche leggi, ma in maniera meno perfetta. Infatti, dal momento che si permetteva di aggiungere gl'interessi scaduti al capitale e di stipulare interessi per l'intera somma, non è evidente che in tal modo i debitori venivano in fondo in fondo a pagare le *usurae usurarum* ? Certamente in tal modo le leggi si fondavano non già su la realtà delle cose, ma su vuote parole.

In conseguenza di questo modo di vedere, Giustiniano proibì che si capitalizzassero gl' interessi, anche se scaduti (§ 1 ead. const.): disposizione che nè regge di fronte alla logica giuridica nè è giustificata dalla utilità pratica.

Non meno infelice è l'innovazione da lui arrecata alla seconda delle accennate limitazioni. Il diritto classico stabiliva che, quando gl' interessi rimasti in sofferenza ascendessero ad una

somma eguale al capitale, questo cesserebbe dal produrne ulteriormente. Giustiniano conferma la disposizione, ma comprende nell' *alterum tantum* anche gl'interessi già pagati.

§ XXXVII.

Una figura che ha molti punti di analogia col mutuo è il *faenus nauticum*—letteralmente, mutuo navale ad interesse — del quale si ha la definizione nel fr. 1 *de nautico faenore* 22,2 (Modestinus *libro decimo pandectarum*):

« Traiecticia ea pecunia est quae trans mare vehitur: ceterum si eodem loci consumatur, non erit traiecticia. sed videndum, an merces ex ea pecunia comparatae in ea causa habentur? et interest, utrum etiam ipsae periculo creditoris navigent: tunc enim traiecticia pecunia fit. »

Si dice *danaro traiettizio* quello che passa a traverso il mare; se invece si consuma nello stesso luogo, non è traiettizio. Bisogna però determinare, se le merci comprate con quel danaro rientrino nel medesimo concetto. Ciò che interessa accertare è, se anche le merci navighino a rischio del creditore: poichè in questo caso si tratta di danaro traiettizio.

Si hanno dunque due forme ben distinte di *faenus nauticum*. La prima è la più semplice e risponde esattamente al nome di *pecunia traiecticia*. Un commerciante, dovendo recarsi in una piazza oltremarina per farvi acquisto di merci, e non avendo danaro sufficiente per tale speculazione, se lo fa prestare da un capitalista. Egli però non vuole sopportare il rischio che il danaro vada perduto durante il viaggio, rischio gravissimo, specialmente per le condizioni della navigazione in quel tempo: lo addossa quindi al creditore, e fra i due si stringe un contratto aleatorio nei seguenti termini. Se il danaro arriverà felicemente al luogo di destinazione, il debitore sarà obbligato a restituirlo aumentato di un interesse altissimo, che anzi nel diritto classico non era soggetto a limite legale; se, viceversa, non arriverà, non vi sarà obbligo di restituzione neppure per il capitale.

L' altra forma è dovuta ad una estensione del concetto di *pecunia traiecticia*. Si tratta qui di un negoziante che esporta una data qualità di merci. Egli le compra sul mercato del luogo in cui si trova, le imbarca e le spedisce fuori. Non è il danaro che viaggia, è la merce: e su la merce, non sul danaro, si costituisce il prestito marittimo.

Il *faenus nauticum* era regolato in Grecia mediante la legge Rodia: e dalla legge Rodia lo mutuò il diritto romano, in cui ebbe un ampio sviluppo ma rimase sempre un istituto consuetudinario, non avendo ricevuto la sanzione legislativa. Quanto alla natura di esso, è controverso nella dottrina, se possa dirsi o pur no un mutuo vero e proprio. La questione ha importanza piuttosto teorica: poichè se è vero che la terminologia delle fonti e il posto che occupano nel Digesto e nel Codice i titoli *de nautico faenore* potrebbero far credere, che i giureconsulti romani avessero considerato il *faenus nauticum* come una particolare figura di mutuo; d'altra parte nel campo pratico vi sono fra il mutuo e il prestito marittimo tali e tante dissimiglianze, da non lasciar dubbio alcuno, che siano due istituti sostanzialmente diversi.

Una prima differenza è quella, già fatta osservare, relativa all'efficacia del patto d'interessi (pag. 130). Nel *faenus nauticum* gl' interessi erano dovuti anche se stabiliti per semplice patto: nel che appare chiaramente l'influenza del diritto greco, a cui fu ignota la stipulazione nel significato e nella forma romana. Qualche scrittore ritiene anzi, che l'azione derivante dal contratto fosse di buona fede. Nè si potrebbe obiettare, che si tratta forse di norme introdotte da una disposizione di legge: perchè, come si è detto innanzi, riguardo al *faenus nauticum* manca affatto una legge speciale.

Ma la nota differenziale più spiccata è, che nel *faenus nauticum* il rischio della cosa è a carico esclusivo del creditore, mentre nel mutuo lo sopporta in ogni caso il debitore (§ XXIII in fine).

Il rischio incomincia per il creditore nel momento in cui la nave contenente il danaro o le merci muove dal porto d'im-

barco, e cessa nel momento in cui essa arriva salva nel porto di destinazione. Il tempo impiegato nello operazioni di caricamento e di scaricamento, o per qualsivoglia altra ragione, nel luogo di partenza o in quello di arrivo, non è compreso nel contratto quindi durante questo periodo il tasso legale dell'interesse non è illimitato, come si spiegherà in appresso.

S'intende bene poi, che il creditore risponde solamente delle perdite derivate da caso fortuito, non già di quelle prodotte da imperizia o da dolo del debitore o dell'equipaggio. Le frodi non potevano mancare: sembra anzi che, così nella Grecia come in Roma, abbondassero i capitani che esercitavano l'ignobile mestiere di caricare le merci comprate col danaro traiettizio su vecchie carcasse, che, arrivati in alto mare, facevano colare a fondo. Laonde, per impedire qualunque atto a proprio pregiudizio, il creditore aveva diritto di sorvegliare il corso della navigazione, e ciò faceva ordinariamente collocando su la nave un suo schiavo, il mantenimento del quale si poneva a carico del debitore.

§ XXXVIII.

Innumerevoli erano le precauzioni che il creditore soleva stabilire nelle scritture di *faenus nauticum* a tutela del proprio interesse. Si fissavano la rotta da seguire e le altre condizioni della navigazione : s'impartivano minute e rigorose istruzioni al capitano : s'imponeva assoluta obbedienza a gli ordini dello schiavo rappresentante. La minima trasgressione a questi patti faceva ricadere il rischio sul debitore.

Un documento caratteristico di *faenus nauticum* , che è utile trascrivere, anche perchè offre l'agio di rilevare alcune peculiarità del contratto in esame , ci è conservato nel fr. 122 § 1 *de verb. oblig.* 45,1 (SCAEVOLA *libro vicensimo octavo digestorum*):

« Callimachus mutuam pecuniam nauticam accepit a Sticho servo Seii in provincia Syria civitate Beryto usque Brentesium: idque creditum esse in omnes navigii dies ducentos, sub pigno-

ribus et hypothecis mercibus a Beryto comparatis et Brentesium perferendis et quas Brentesio empturus esset et per navem Beryto invecturus: convenitque inter eos, uti, cum Callimachus Brentesium pervenisset, inde intra idus Septembres, quae tunc proximae futurae essent, aliis mercibus emptis et in navem mercis ipse in Syriam per navigium proficiscatur, aut, si intra diem supra scriptam non reparasset merces nec enavigasset de ea civitate, redderet universam continuo pecuniam quasi perfecto navigio et praestaret sumptus omnes prosequentibus eam pecuniam, ut in urbem Romam eam deportarent: eaque sic recte dari fieri fide roganti Sticho servo Lucii Titii promisit Callimachus... »

Si tratta di un *faenus nauticum* che un certo Callimaco riceve da Stico, schiavo di Seio, in Berito città della Siria. Le merci su cui è costituito il prestito devono essere trasportate da Berito a Brindisi: e si stabilisce non solo il viaggio da compiersi, ma anche la durata massima della navigazione, che non potrà eccedere i duecento giorni.

A garanzia del creditore si accorda un pegno su le merci comprate a Berito per portarle a Brindisi. Il pegno si estinguerà, naturalmente, quando le dette merci saranno scaricate: e ne sorgerà un altro su quelle che si caricheranno a Brindisi per portarle a Berito.

Non di rado il pegno si estendeva anche al carico di altre navi. Per esempio: Tizio noleggia due navi, A e B, le quali viaggiano, l'una a rischio del creditore Primus, l'altra a rischio del creditore Secundus. Primus ha diritto di pegno sul carico della nave A, e sussidiariamente sul carico della nave B; e viceversa Secundus. Se la nave A, poniamo, perisce in una tempesta, si estingue il pegno di Primus anche su le merci della nave B, appunto perchè il rischio è sopportato dal creditore. Se al contrario, per effetto di colpa o di dolo dell' equipaggio la nave naufraga o le merci giungono avariate, oppure se esse periscono per caso fortuito sopravvenuto dopo l'arrivo della nave: in questi ed in altri simili casi Primus potrà esercitare efficacemente il suo diritto di pegno sul carico dell'altra nave.

La scrittura prosegue determinando altre modalità del contratto. Dopo che Callimaco sarà arrivato a Brindisi, quivi dovrà, non più tardi degl'idi di settembre, comprare altre merci, caricarle su la nave e, imbarcatosi lui di persona su la nave stessa, far vela alla volta della Siria. Se entro il suddetto termine non avrà caricato le merci o non sarà partito da quella città, sarà tenuto *ipso facto*, non solo a restituire l'intera somma, come se il viaggio fosse terminato, ma anche a pagare tutte le spese occorrenti alle persone incaricate di portare quella somma a Roma. Segue la solita formola della stipulazione.

§ XXXIX.

Nel *faenus nauticum*, come si è detto, gl'interessi si possono convenire mediante un semplice patto e — particolarità importantissima — non sono soggetti a limite legale. Ciò va inteso relativamente a gl'interessi marittimi (*usurae maritimae*), ossia a quegl'interessi che maturano dal momento della partenza al momento dell'arrivo. Nei periodi anteriore e posteriore, poichè il rischio è a carico del debitore, si ricade nelle regole del diritto comune.

Intanto Giustiniano, nella c. 26 § 2 *de usuris*, stabilisce fra l'altro il massimo legale del 12 °/₀ nei contratti di prestito marittimo. Gli scrittori ritengono, in maggioranza, che questa disposizione si riferisca al periodo della navigazione, quando il rischio cade sul creditore. Contro la comune opinione si è levato lo Ihering, il quale in una monografia pubblicata negli *Annali per la dogmatica*, sostiene che il *faenus nauticum* è in sostanza un contratto di assicurazione marittima, e che quindi il correspettivo non rappresenta l'interesse, si bene il premio dell'assicurazione, che per sua natura non può ricevere limitazioni di sorta. A questo concetto — continua lo stesso scrittore — non può fare ostacolo l'impropria terminologia delle fonti, che chiamano *usura* quel correspettivo, alla stessa guisa che dànno il nome di *faenus* ad un contratto così profondamente dissimile dal mutuo. Questa opinione però non ha trovato

sèguito, essendo in troppo diretta opposizione, non solo con la lettera ma col contenuto della costituzione di Giustiniano, comunque astrattamente possa ritenersi giusta la distinzione che le sta a base.

§ XL.

Dobbiamo ora occuparci degli altri contratti reali. Di essi, quello che maggiormente si accosta al mutuo, perchè, come il mutuo, consiste in un prestito, è il *commodatum*.

Il *comodato* suole definirsi comunemente come « quel contratto reale, per cui si concede ad altri l' uso gratuito di una cosa, con l' obbligo di restituire la medesima cosa, finito che sia quell' uso ».

Questa definizione, sostanzialmente esatta, ha bisogno di essere studiata e approfondita nelle varie parti che la constituiscono, affinchè possa darci un' idea completa del contratto che ci occupa.

§ XLI.

Il comodato è un contratto *reale*: la consegna di una cosa è elemento indispensabile alla perfezione di esso. Le fonti non lasciano dubbio al riguardo. Basta leggere il fr. 1 § 3 *de oblig. et act.* 44,7 (Gaius *libro secundo aureorum*):

« Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur, sed is de ea ipsa re quam acceperit restituenda tenetur. »

Anche colui, al quale abbiamo comodato una qualche cosa, è obbligato verso di noi in via reale; se non che egli è tenuto a restituire la stessa cosa che gli è stata consegnata.

Come il mutuo, così anche il comodato può essere preceduto da una convenzione preparatoria, in virtù della quale colui che ha promesso di dare una cosa a titolo di comodato è obbligato di consegnarla effettivamente, perchè il comodatario ne faccia l' uso stabilito. È necessario, per l'efficacia di una convenzione di tal genere, che sia conchiusa mediante stipulazione;

il semplice patto — come si è più volte ripetuto — è valido soltanto quando sia aggiunto a un contratto di buona fede, nel quale caso si fa valere con l'azione derivante dal contratto. Valgano del resto, con le differenze apportate dalla diversa indole dei due contratti, le stesse osservazioni fatte a proposito dal *pactum de mutuo dando* (§ XVI, pag. 89 e seg).

§ XLII.

Anche per diritto moderno ritengo che il comodato sia un contratto reale. Non occorre ritornare qui su le considerazioni accennate altrove a suffragio di questa opini one (§ XV), la quale — quando ogni altro argomento le mancasse — ha per sè il testo chiaro ed esplicito del codice civile, che per definire il comodato si vale della identica espressione adoperata nella definizione del mutuo: « Il comodato o prestito ad uso è un contratto, per cui una delle parti *consegna* all' altra una cosa, ecc. » (art. 1805).

Quanto al contratto preparatorio del comodato, se ne comprende facilmente la possibilità nel diritto attuale; anzi, sparita oggidi la distinzione romana fra stipulazione e patto, la promessa si deve ritenere efficace, qualunque sia la forma con cui venga data. Naturalmente, si richiede che il promittente nel fare la dichiarazione abbia avuto la seria intenzione di obbligarsi: e questa indagine su l' elemento intenzionale dev' essere qui molto rigorosa, come in genere in tutti i negozi giuridici riflettenti concessioni gratuite. Così, se io dico a un amico: *ti presterò il tale libro perchè tu lo legga:* il più delle volte — quando cioè non concorrano tali circostanze speciali da far ritenere il contrario — vi è un obbligo morale, un obbligo di galateo, ma obbligo legale no.

Conchiuso il contratto preparatorio, potrà in forza di questo il promittente essere costretto a consegnare la cosa, ovvero, trattandosi di obbligazione di fare, potrà liberarsi pagando il risarcimento dei danni? I civilisti non sono concordi nella risposta, appunto perchè l' indole del contratto non è da tutti con-

cepita allo stesso modo. Secondo me, stabilita in linea di principio la realità del comodato, ne viene per conseguenza che, in diritto moderno come in diritto romano, si può agire per ottenere l'effettiva consegna della cosa promessa. Il procedimento da seguirsi è quello relativo alla esecuzione per consegna o rilascio di beni, di cui nel libro II titolo IV del codice di procedura civile.

§ XLIII.

Non diversamente che nel mutuo, nel comodato la cosa si consegna con lo scopo, che il ricevente se ne serva.

Identica dunque è la causa nei due contratti; ma per altri rispetti vi sono fra essi differenze così spiccate, che li distinguono perfettamente l'uno dall'altro.E la caratteristica fondamentale è relativa alla forma con cui deve effettuarsi la restituzione: il mutuatario infatti è tenuto a restituire *tantumdem eiusdem generis et bonitatis*, il comodatario invece non può liberarsi se non restituendo la stessa cosa che ha ricevuto, *eam ipsam rem quam acceperit*, giusta l' espressione del frammento più sopra esaminato.

Fra le innumerevoli conseguenze che tale distinzione produce nel campo pratico, le più rilevanti riguardano la natura delle cose che possono darsi a comodato. E' questa una ricerca essenziale che conviene premettere ad ogni altra, se si vogliono intendere appieno le particolarità del contratto.

§ XLIV.

Possono formare oggetto di comodato tanto le cose mobili quanto le immobili. Lo si desume da molti testi, fra i quali citiamo, anche perchè importantissimo per fissare la terminologia, il fr. 1 § 1 *commodati vel contra* 13, 6 (Ulpianus *libro vicensimo octavo ad edictum*):

« Huius edicti interpretatio non est difficilis. unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit commodati fecit

mentionem, cum Paconius utendi fecit mentionem. inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem: commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli. sed ut apparet, proprie commodata res dicitur et quae soli est, idque et Cassius existimat. Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait. »

L' interpetrazione del presente editto non offre difficoltà. Una cosa soltanto è degna di rilievo, cioè che l'autore di esso usò la parola *commodatum*, mentre Paconio fa menzione di *utendum datum*.

Anticamente dunque il termine tecnico col quale si designava il *dare ad uso* una cosa non era *commodare*, ma proprio *utendum dare*. E' all'origine storica del comodato che bisogna ricorrere per rintracciare il perchè di siffatta espressione. Difatti esso nei primi tempi del diritto non aveva la figura di un contratto di per sè stante, bensì rientrava nel concetto generico della *fiducia*, e precisamente della *fiducia cum amico*.

La *fiducia* era — secondo i testi più conosciuti e l'opinione comunemente accettata — un patto aggiunto alla traslazione della proprietà di una cosa, in virtù del quale il ricevente ne diventava proprietario, sotto condizione però di restituirla quando si verificasse un determinato avvenimento. Essa serviva a compiere due diverse funzioni, e perciò riceveva le due denominazioni di *fiducia cum creditore* e *fiducia cum amico*: nel primo caso, le cose si trasferivano al creditore a scopo di garanzia — *pignoris iure* — epperò egli aveva l'obbligo di restituirle quando fosse stato pagato; nel secondo, si consegnavano a un amico o perchè se ne servisse o a titolo di custodia, affinchè fossero più sicure presso di lui — *quo tutius res nostrae apud eum sint* — e qui la restituzione avveniva, finito l'uso o la custodia. Come si vede, il trasferimento aveva in ogni caso un'efficacia non assoluta ma limitata e condizionata, che cessava non appena fosse stato raggiunto il fine voluto dalle parti. Ora, è appunto il consegnare una cosa a uno perchè se ne serva, ciò che ebbe posteriormente il nome di comodato.

Il passo continua riferendo una distinzione proposta da Labeone, che non incontrò favore presso gli altri giureconsulti. Egli credeva, che fra *commodare* e *utendum dare* vi fosse tanto di differenza, quanto ne intercede fra genere e specie (nel significato romano, cfr. pag. 67): di guisa che *utendum dare* potesse riferirsi a tutte le cose, mobili o immobili che fossero, mentre *commodare* dovesse usarsi solamente trattandosi di cose mobili. Ma Ulpiano, autore del frammento, appoggiandosi all'autorità di Cassio, giudica che non sia scorretto servirsi del verbo *commodare* anche per indicare l'uso delle cose immobili.

Se dunque qualche divergenza vi era intorno alla terminologia: quanto alla sostanza tutti erano d'accordo, che il comodato potesse cadere su cose immobili egualmente che su cose mobili.

§ XLV.

Le persone non possono mai formare oggetto del comodato, quantunque in apparenza sembri vero il contrario. Supponiamo, per chiarire quest' affermazione, un caso concreto.

Io ho al mio stipendio un impiegato fornito di attitudini speciali. Un mio amico, avendone bisogno per fargli compiere un lavoro, chiede ed ottiene da me, che gli conceda gratuitamente di avvalersi dell'opera di lui per un determinato numero di giorni. Una simile concessione si accosta più al precario anzichè al comodato; ma è più esatto dire, che dà vita a un contratto innominato, con indole e caratteri particolari, che non si può classificare sotto nessuna categoria.

Diverso è il caso degli schiavi, i quali, non avendo personalità giuridica, possono darsi a comodato. Anzi questa specie di comodato era delle più comuni, a giudicarne dalla frequenza con cui se ne parla nelle fonti.

§ XLVI.

Una questione importantissima, e che inoltre si può dire, in tutta la teoria del comodato, quella su cui anche oggidì vi

è più grave discordia di opinioni fra gli scrittori, è, se i diritti possano formar materia di comodato. Mi limito qui a riassumere i risultati più accettabili, rinviando per maggiori ragguagli alla completa esposizione che ne fa il FERRINI nel suo pregevole lavoro su la « storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano » (*Archivio Giuridico*, vol. LII pag. 469-499, vol. LIII pag. 41-73 e 257-309).

È incontestabilmente certo, che le fonti in nessun luogo fanno menzione di un comodato di diritti: e questo silenzio appare tanto più strano, quando si pensi che trattando del precario — istituto che, come diremo, ha grandi analogie col comodato — esse contengono innumerevoli allusioni al precario di diritti. Un solo accenno si è preteso di trovare in un passo di Labeone relativo alla servitù di acquedotto, riportato da Pomponio nel fr. 24 *de servitutibus praediorum rusticorum* 8, 3 (POMPONIUS *libro trigensimo tertio ad Sabinum*): « Ex meo aquae ductu Labeo scribit cuilibet posse me vicino *commodare*... » Ma qui evidentemente il giureconsulto vuol riferirsi a una concessione a precario, e usa il vocabolo *commodare* impropriamente, non nello stretto significato tecnico. Ora, non è serio trarre argomento da una espressione incerta, equivoca e che non s'incontra se non una sola volta, e in un titolo che non si occupa in modo speciale del comodato, per giungere a una conseguenza così generale, che fosse valido il comodato dei diritti.

Una eccezione tuttavia va fatta per il diritto di abitazione, come è detto testualmente nel periodo finale del fr. 1 § 1 h. t. già citato (pag. 146): « Vivianus *amplius etiam* habitationem commodari posse ait. »

Si è obiettato da alcuni, che anche *habitatio* è un termine ambiguo, potendo esso significare così una casa destinata ad abitazione come un diritto di abitazione. Ma qui ogni ambiguità è esclusa in modo reciso dal complesso del frammento. Dopo aver affermato prima, che possono darsi a titolo di comodato le cose mobili e le cose immobili—*res mobiles* e *res soli*—dire che lo stesso può farsi di una casa, ossia di una *res soli*, sarebbe stato una ripetizione per lo meno inutile. E che il giureconsulto

abbia effettivamente voluto enunciare una estensione del contratto ad altre cose che per regola non vi andrebbero comprese, lo si ricava dalle parole *amplius* ed *etiam*, le quali — se si dà ad *habitatio* il significato di casa — sono addirittura un non senso.

Ma—si ribatte—il fr. 1 § 1 sarebbe l'unico luogo in cui si parli di un comodato di tal genere, e d'altronde non sarebbe stato logico ammettere per il diritto di abitazione ciò che si negava per tutti gli altri diritti. Queste osservazioni hanno certamente il loro valore; ma non reggono dinanzi alla lettera del passo. In definitiva, ritengo che in diritto romano per regola generale non esisteva il comodato dei diritti, tranne che per i diritti di abitazione. Il testo è troppo chiaro ed esplicito perchè si possa ritenere il contrario.

§ XLVII.

Salvo casi eccezionali determinati dallo scopo del prestito, formano ordinariamente oggetto del comodato le cose che non si consumano con l'uso. Appunto perchè il comodatario è tenuto a restituire la stessa cosa che ha ricevuto, non è possibile, in via di principio, concepire un comodato di cose consumabili. L'inverso accade nel mutuo, che riflette sempre cose *quae pondere numero mensura consistunt.* I due contratti hanno a base un concetto comune, il prestito: ma nel prestito a titolo di mutuo si tien conto del valore del capitale, mentre nel prestito ad uso si considera la cosa prestata nella sua individualità.

Quanto ai casi eccezionali, un curioso esempio ne offrono le fonti nel così detto comodato *ad pompam vel ostentationem*: fr. 3 § 6 h. t. (ULPIANUS *libro vicensimo octavo ad edictum*): « Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat. » Si tratta di uno che ha preso in prestito, poniamo, una somma di danaro, al solo scopo di ostentare pubblicamente ricchezze che non possiede. Naturalmente, si guarderà bene dallo spenderla, dovendo resti-

tuire le stesse specie ricevute. Qui si ha dunque un comodato anormale, su cose consumabili.

Non è difficile configurare una grande varietà di casi di comodato *ad ostentationem*. Ai nostri giorni càpita anche troppo spesso che un cassiere di pochi scrupoli, volendo celare i vuoti della cassa da lui amministrata nelle verifiche che questa subisce, al momento buono si fa prestare dei biglietti di banca o delle cartelle di rendita, tanto da coprire il *deficit*. Compiuta la verifica e trovato tutto in regola, i biglietti o le cartelle tornano in buon ordine al loro proprietario, senza che il comodatario ne abbia fatto uso.

Non di rado il danaro si dà a comodato, perchè tenga luogo di pagamento. Lo dice Gaio nel fr. 4 h. t. (Gaius *libro primo de verborum obligationibus*): « Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant. » Ed è caratteristica l'applicazione che ne fa Marcello nel fr. 67 *de solutionibus et liberationibus* 46, 3 (Marcellus *libro tertio decimo digestorum*):

« ... apud Alfenum Servius eum, qui minus a debitore suo accipere et liberare eum vellet, respondit posse saepius aliquos nummos accipiendo ab eo eique retro dando ac rursus accipiendo id efficere: veluti, si centum debitorem decem acceptis liberare creditor velit, ut, cum decem acceperit, eadem ei retro reddat, mox ab eo accipiat ac novissime retineat... »

In poche parole: Tizio ha un credito di centocinquanta lire verso Caio, e vuole liberarlo rinunziando a cinquanta lire. A tale effetto se ne fa dare da lui cento, indi glielo riconsegna perchè gli servano per il pagamento, *numerationis gratia intercedant*; e in ultimo le riceve nuovamente dichiarandolo sciolto dall' intero debito.

È necessario tener presenti queste forme particolari di comodato, che hanno importanza specialmente per misurare la responsabilità del comodatario quanto all'obbligo della custodia, come diremo a suo luogo (§ LIII-LIV).

§ XLVIII.

Stabilito, che nel comodato si ha considerazione della cosa individuamente determinata, onde non si può nella restituzione sostituirla col valore: è chiaro, che il comodante non trasferisce nel comodatario la proprietà e nemmeno il possesso giuridico di essa.

Fr. 8 h. t. (POMPONIUS *libro quinto ad Sabinum*):

« Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus: »

Fr. 9 eod. (ULPIANUS *libro secundo ad edictum*) :

« nemo enim commodando rem facit eius cui commodat. »

Il comodatario non ha quindi se non la pura detenzione materiale dell'oggetto prestatogli: e la detenzione — come si sa — ha di comune col possesso giuridico il *corpus* su cui si esercita, ma ne differisce per riguardo all'*animus*, poichè il possessore ha la cosa con *animus rem sibi habendi*, viceversa il detentore la tiene presso di sè per conto altrui, *praestat ministerium alienae possessioni.*

Da ciò derivano conseguenze pratiche della massima importanza, principalmente in materia di azioni possessorie. L'interdetto *unde vi*, che si accorda a chi è stato espulso da un fondo, spetta, nel caso di fondo dato a comodato, al comodante, perchè è questi che ne ha il possesso giuridico al momento della *deiectio*: e similmente spetta al comodante respingere le ingiuste turbative del possesso, valendosi dell' *interdictum uti possidetis*, o dell' *interdictum utrubi*, che nel diritto ante-giustinianeo era usato trattandosi di possesso di cose mobili.

Le idee moderne si allontanano per questa parte dal sistema romano. Nel diritto patrio la reintegranda si accorda a chiunque — possessore o detentore — sia stato clandestinamente o violentemente spogliato del possesso (cod. civ. art. 695). Di guisa che, se mi è stato concesso a comodato, poniamo, un' area di terreno per riporvi dei materiali da costruzione, a buon dritto potrò respingere le molestie che altri mi arrechi, senza che mi

si possa opporre la mancanza di veste giuridica per esercitare l'azione.

§ XLIX.

Elemento indispensabile del comodato è, che la concessione sia fatta gratuitamente. La pattuizione di un correspettivo muta l'indole del rapporto. Si ha in questo caso un contratto di altro genere, per lo più una locazione. Lo dice categoricamente Ulpiano nel fr. 5 § 12 h. t. (ULPIANUS *libro vicensimo octavo ad edictum*):

« Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares: dedisti: non repigneras, ut mihi reddas. Labeo ait commodati actionem locum habere, quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit: tunc enim vel in factum vel ex locato conducto agendum erit... »

Ti diedi una cosa, perchè la vincolassi a pegno al tuo creditore. Tu la vincolasti, e non ti curasti poi di liberarla per restituirmela. Secondo Labeone, io ne potrò chiedere la restituzione con l'*actio commodati*: il che reputo esatto quando non sia stata convenuta una retribuzione: poichè in tal caso si dovrà agire *in factum* o in base al contratto di locazione.

L'ipotesi è chiarissima. Si prestano delle cartelle di rendita a un appaltatore di lavori, perchè possa costituirsi la cauzione in un determinato appalto. Quando il prestito è gratuito, si tratta di comodato; ma se al cauzionante è dovuta una rinumerazione, per esempio un tanto per cento sui lucri dell'impresa, sorge un contratto innominato o un contratto di locazione.

Si adattano a questi concetti i prestiti di libri fatte dalle biblioteche. Trattandosi di biblioteche pubbliche, ove il prestito è gratuito, il rapporto è di comodato; invece nelle biblioteche così dette circolanti, che percepiscono un compenso da gli abbonati, si ha un vero e proprio rapporto di locazione.

La mancanza del correspettivo non deve per altro far confondere il comodato con la donazione. I due rapporti sono sostanzialmente diversi, ed è interessante qualificarne i caratteri distintivi anche di fronte al diritto moderno, anzi specialmente

20

per il diritto moderno: poichè — come è noto — per la validità della donazione è richiesta come formalità essenziale l'atto pubblico, mentre per il comodato può bastare la scrittura privata e talora il semplice accordo verbale.

Ricordiamo in proposito la grande classificazione dei negozi giuridici riflettenti il patrimonio in atti *a titolo gratuito* e atti *a titolo oneroso*, di cui fu svolto ampiamente il concetto nella parte generale del negozio giuridico (1). Allora vedemmo, che sono a titolo gratuito le attribuzioni patrimoniali fatte indipendentemente da un correspettivo ; viceversa si dicono a titolo oneroso quelle che hanno luogo in contemplazione appunto di un correspettivo, il quale può consistere in una prestazione o presente o passata o futura.

Ora, fra gli atti a titolo gratuito, fra questi atti che hanno per così dire un carattere negativo si distingue una speciale categoria, costituita dalle donazioni. In essa all'elemento materiale della gratuità si accoppia un elemento intenzionale, l'*animus donandi*. « La differenza fra l' atto a titolo gratuito e la donazione sta in ciò, che per avere il primo basta la mancanza di correspettivo, mentre per avere la seconda occorre anche l' *animus donandi*, ossia l' intenzione di beneficare, di esercitare una liberalità » (2).

La verità di questo principio si riscontra paragonando la donazione sia al comodato che a tutti gli altri atti a titolo gratuito, per esempio il deposito e, in generale, la fideiussione. Il deponente non riceve compenso, e pure non esercita una liberalità: il fideiussore—quando non vi sia una dichiarazione espressa o tacita in contrario — presta l'ufficio suo gratuitamente, ma con ciò non fa donazione di sorta ; tanto è vero che, se vien costretto a pagare, ha il regresso contro il garantito per la restituzione di ciò che ha pagato.

(1) *La teoria del negozio giuridico, con cenni preliminari sul fatto giuridico in genere: lezioni di diritto romano raccolte da* LUIGI FERRARA. — Napoli V. Cavaliere 1898; pag. 116-125.

(2) Op. cit. pag. 123.

Ma, oltre il lato soggettivo dell'intenzione, vi è ancora un lato oggettivo che segna recisamente la linea di distacco fra il comodato e la donazione. Nella donazione infatti avviene sempre un *accrescimento definitivo* del patrimonio del donatario, e correlativamente si ha una *diminuzione definitiva* del patrimonio del donante; nel comodato non vi è traccia di un tale duplice effetto.

Si potrebbe obiettare, contro l'esattezza del ragionamento, che anche in forza del comodato si verifica quasi sempre una *non diminuzione* nel patrimonio del ricevente. Si è prestato un cavallo perchè il comodatario se ne serva per una passeggiata, o gli si è prestato un libro perchè gli è necessario per prepararsi a un esame. Se non avesse potuto trovarlo a prestito, è probabile che il ricevente avrebbe tolto in fitto un altro cavallo, e, nel caso del libro, che lo avrebbe comprato o lo avrebbe preso in locazione da una biblioteca: il comodato dunque, facendogli risparmiare una spesa, ha prodotto una *non diminuzione* del patrimonio di lui, non potendo giammai parlarsi di aumento. Manca tuttavia la diminuzione corrispondente nel patrimonio del comodante, e manca quel carattere di attribuzione definitiva, che è proprio della donazione.

§ L.

Conseguenza diretta del principio, che al comodatario non passa la proprietà e nemmeno il possesso giuridico della cosa, è, che è valido il comodato di cosa altrui. Non si richiede nel comodante la qualità di proprietario; basta, per l'efficacia del contratto, che egli si trovi in tali condizioni di fatto da poter disporre dell'uso della cosa. Possono quindi dare a comodato il conduttore, l'usufruttuario, l'enfiteuta, il possessore, anche se il possesso sia di mala fede. Vi ha di più: perfino il ladro può validamente dare a comodato la *res furtiva*.

Fr. 15 h. t. (Paulus *libro vicensimo nono ad edictum*):

« Commodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus, tametsi scientes alienam possidemus, »

Fr. 16 eod. (MARCELLUS *libro quinto digestorum*):

« ita ut et si fur vel praedo commodaverit, habeat commodati actionem. »

Ci è lecito dare a comodato anche la cosa altrui, della quale abbiamo il possesso, sebbene la possediamo sapendo che appartiene ad altri: a modo che, anche se il ladro o il predone abbiano dato qualche cosa a comodato, si accorderà loro la relativa azione.

Il comodato dunque sussiste, e non potrebbe il ricevente respingere l'*actio commodati* spiegata dal ladro, allegando, che costui non poteva disporre di una cosa rubata. S'intende bene poi che, se sia stato già precedentemente convenuto in revindica dal derubato, e malgrado ciò non abbia resistito all'azione di comodato e abbia restituito al ladro la cosa, egli ha impegnato la propria responsabilità di fronte al proprietario, in applicazione della nota regola: *qui dolo malo possidere desiit pro possessore habetur*.

§ LI.

Quanto alle persone che possono ricevere a titolo di comodato, sono quelle che hanno in generale la capacità di contrattare. È nullo però il comodato della cosa propria.

Fr. 15 *depositi vel contra* 16,3 (IULIANUS *libro tertio decimo digestorum*):

« Qui rem suam deponi apud se patitur vel utendam rogat, nec depositi nec commodati actione tenetur: sicuti qui rem suam conducit aut precario rogat, nec precario tenetur nec ex locato. »

Colui il quale tollera che venga depositata presso di sè una cosa propria, o la chiede a comodato, non è tenuto nè con l'azione di deposito nè con quella di comodato: alla stessa guisa di chi toglie in locazione o riceve a precario una cosa propria, il quale non è tenuto nè in base al precario nè in base alla locazione.

Il testo si riferisce non solo al comodato, ma anche al deposito, al precario e alla locazione, e dice che, quando forma

oggetto di uno di questi contratti una cosa che appartiene in proprietà al ricevente, in sostanza non sorge nessun contratto: e ciò perchè in verità non fa bisogno di una concessione altrui per avere l' uso della cosa propria. Ma da questa medesima considerazione si può dedurre, che il contratto sorge, allorchè colui che fa la concessione abbia per altro titolo diritto al possesso dell'oggetto di proprietà di colui che la riceve. E così, se il creditore pignoratizio abbia conceduto a comodato al debitore la cosa da costui datagli in pegno: in tal caso evidentemente è logico ritenere la piena efficacia giuridica del contratto di comodato.

§ LII.

Il comodato può dar luogo a due azioni: l' *actio commodati directa* e l'*actio commodati contraria*. La prima spetta al comodante per chiedere l' adempimento degli obblighi contrattuali da parte del comodatario; la seconda compete al comodatario solo in determinate circostanze, per ripetere dal comodante le spese fatte intorno alla cosa e per domandare il risarcimento dei danni da essa cagionatigli.

Le due azioni non hanno però un' origine comune. L'unica vera azione derivante dal contratto è l' *actio directa*, poichè il comodato — come tutti i contratti reali — non fa sorgere degli obblighi se non a carico del ricevente. L' *actio contraria* invece si accorda non in base al contratto, ma per effetto dei principi generali di diritto e di equità che vietano l' ingiusto arricchimento: e se rientra nell' orbita delle azioni contrattuali, ciò avviene per l' indole del giudizio nei contratti di buona fede. Del resto la genesi delle *actiones contrariae* è stata già fatta a proposito della unilateralità dei contratti reali (§ XXVI, pag. 106-108).

§ LIII.

Poichè l' inadempimento degli obblighi assunti dal comodatario fa sorgere a favore del comodante l' azione diretta, conviene ora determinare la natura e l' estensione di siffatti obblighi.

Normalmente si possono ridurre a tre: custodire la cosa, non eccedere nell' uso stabilito di essa, restituirla quando l'uso è finito.

A. — *Obbligo della custodia.* Il comodato per lo più si conchiude nell' esclusivo interesse del comodatario, salvo casi speciali che non infirmano la regola: è giusto quindi che a lui si addossi rigorosamente l' onere di custodire la cosa.

Il comodatario pertanto risponde di tutti i danni che la cosa abbia sofferto per dolo o colpa grave che egli abbia commesso, e perfino della colpa lieve in astratto.

Siccome l' argomento ha un' importanza fondamentale nella teoria del comodato, e d' altra parte ha dato luogo a non poche controversie, non peranco risolute: il meglio che possa farsi è studiarlo con la scorta delle fonti Il titolo *commodati vel contra*, in una lunga serie di passi, contiene una diligente esposizione di regole relative alla responsabilità del comodatario per quanto concerne la custodia. Fermiamoci su le più interessanti.

Fr. 5 § 2 h. t. (ULPIANUS *libro vicensimo octavo ad edictum*):

« Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. »

La prima indagine — si dice — che bisogna fare riguardo

all' azione di comodato, è la seguente: quali siano gli obblighi che ne formano il contenuto: in altri termini, se il comodatario debba rispondere soltanto del dolo, ovvero anche della colpa, o se perfino del caso fortuito e della forza maggiore.

Il giureconsulto risale poi ai principi generali che regolano la responsabilità in materia contrattuale, e afferma che in alcune specie di contratti si deve prestare il dolo solamente, in altre si è tenuti anche per la colpa. Il criterio da seguire si ha nel distinguere, se il contratto riesca di utilità ad entrambe le parti, o se invece una sola di esse ne ritragga profitto. E' a questa distinzione, improntata all' equità, che si riduce la teoria romana della colpa contrattuale.

Il testo fa delle applicazioni pratiche del concetto. Il depositario, poichè non trae alcun vantaggio dalla cosa affidatagli, risponde semplicemente del dolo. Ciò è vero quando il deposito, come avviene ordinariamente, sia gratuito; viceversa, se sia stata pattuita una mercede, non vi è ragione per cui non debba rispondersi della colpa : e in questo senso vi sono disposizioni di diritto positivo. Il depositario inoltre nello stringere il contratto può essersi obbligato a rispondere della colpa nonchè del caso fortuito, e qui è la dichiarazione, espressa o tacita, delle parti che deroga alla norma generale. Ma vediamo qualche caso contrario.

La compra-vendita si fa nell'interesse del compratore e in quello del venditore: la costituzione di pegno, mentre da un lato garantisce le ragioni del creditore, dall'altro agevola il debitore a trovar credito. Ebbene, in questi contratti, e in tutti quegli altri che tendono a realizzare reciproche utilità,—la costituzione di dote, la società, la locazione — è giusto che si risponda, come del dolo, così anche di qualunque grado di colpa.

Segue, nel § 3, l' applicazione dei principi generali al comodato:

« Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte

res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit. »

Il comodato poi ordinariamente è fatto a esclusivo vantaggio del comodatario, onde è da accettare come vera l'opinione di Quinto Mucio, il quale reputa che si deva prestare e la colpa lata e la diligenza, vale a dire quella colpa che un accorto *paterfamilias* non avrebbe commessa nell'amministrazione degli affari propri (*culpa levis in abstracto*).

Molto ampia è dunque la sfera della responsabilità del comodatario, poichè non vi rientra che il solo caso fortuito. Anzi non sempre è così. Se per avventura — conchiude il passo in esame — sia stata data una cosa con la stima, si deve prestare anche il caso fortuito da parte di colui che si è assunto di prestare la stima.

L'influenza della *aestimatio* non si limita al solo comodato, ma si fa sentire in qualunque contratto. Occorre tener presente, per determinarne l'efficacia, che se ne hanno due specie diverse, dette nella scuola l'una *aestimatio venditionis gratia*, l'altra *aestimatio taxationis causa*.

Ricorriamo, per intenderci meglio, a un caso concreto, alla costituzione di dote. Si costituisce in dote il fondo Semproniano, dichiarando, senza aggiungere altro, che ha il valore di diecimila lire. La proprietà di esso passa — come è noto — al marito. Ora, se il fondo perisce in sèguito a un terremoto, a una inondazione, a un altro qualsivoglia accidente, il marito è pur nondimeno tenuto a restituire il valore; mentre il contrario dovrebbe dirsi ove non fosse intervenuta stima. Si verifica dunque una *aestimatio venditionis causa*, una stima che tien luogo di vendita, appunto perchè produce l'effetto di porre interamente il rischio della cosa a carico di colui che la riceve, nè più nè meno che se l'avesse comprata.

Supponiamo invece che le parti abbiano detto: il fondo vale diecimila lire, ma dichiarandone il valore non intendiamo che fissare una norma da servire eventualmente nel caso che s'incorra nella responsabilità ordinaria. Qui non si deroga in alcun modo ai principi generali, non si trasporta il pericolo dall'uno

all'altro dei contraenti; ma non si fa che liquidare anticipatamente i danni eventuali che saranno prodotti da dolo o da colpa dell' *accipiens*: ed ecco la figura della *aestimatio taxationis causa*.

Tale essendo la funzione delle due specie di stima, s'intende perchè nel primo caso il giudice abbia facoltà di valutare l' ammontare dei danni; nel secondo caso egli deve semplicemente aggiudicare ciò che dalle parti è stato convenuto, senza addentrarsi in ulteriori ricerche.

Premesse queste nozioni, ci domandiamo: a quale specie di stima intende riferirsi Ulpiano nella fine del citato frammento? La soluzione è tutt'altro che concorde nella dottrina. Io credo, contro l'opinione prevalente, che la *aestimatio* della cosa data a comodato debba, nel silenzio delle parti, considerarsi sempre come fatta *taxationis gratia*, e desumo ciò, oltre che dall' insieme dei passi che siamo venuti fin qui esaminando e di altri ancora che esamineremo, specialmente dalle parole finali del fr. 5 § 3: *qui aestimationem se praestaturum recepit*. La stima non importa dunque assunzione del rischio: occorre a tale scopo un'espressa dichiarazione del comodatario.

In diritto moderno avviene precisamente l'opposto. Il semplice fatto dell'essere intervenuta stima nella conchiusione del comodato fa sorgere una *praesumptio iuris*, che il comodatario abbia voluto accollarsi anche il caso fortuito: e tale *praesumptio* non può essere esclusa che dal patto in contrario, espresso o tacito. Così l'art. 1811 del nostro codice civile: «Se la cosa fu stimata al tempo del prestito, la perdita, ancorchè avvenuta per caso fortuito, è a carico del comodatario, qualora non vi sia patto in contrario».

Ulpiano prosegue presentando altre ipotesi di caso fortuito e di forza maggiore (*casus cui resisti non potest*): § 4 eod. fragm.:

« Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit

vel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit. »

Ciò che accade per effetto di vecchiaia o di malattia, o che è asportato con violenza dai grassatori, o ciò che si verifica per altro caso simile, non può in nessuna guisa imputarsi al comodatario, a meno che egli non sia in colpa. Ed è ben naturale, perchè quando vi è colpa non si tratta più di un *casus cui resisti non potest*, sì bene — secondo l' espressione degli antichi — di un *casus culpa determinatus.*

La colpa può essere o soltanto un coefficiente del danno, o addirittura l'unica causa determinante di questo: nell'un caso come nell'altro essa impegna la responsabilità del comodatario per infrazione dell'obbligo della custodia.

Imaginiamo, per non scostarci dalle ipotesi di vecchiaia e di malattia accennate nella prima parte del passo, un comodato di schiavi. Si è prestato uno schiavo acciaccato da gli anni, perchè lo si adibisca a determinati lavori. Il comodatario si serve dello schiavo per l'uso determinato, ma lo sovraccarica di tanto lavoro, che esso finisce per soccombere sotto il peso dell'età e della fatica. Qui si verifica la responsabilità, sebbene anche la vecchiaia abbia contribuito alla morte dello schiavo; ma può darsi, che questi sia giovane e vigoroso, e che il comodatario lo sottoponga a un lavoro pericolosissimo, o lo impieghi nella coltivazione di una risaia, o lo faccia viaggiare a traverso una contrada infestata dai briganti. Allora, se lo schiavo è vittima di un infortunio, o di una infezione malarica, o vien preso ed ucciso dai malfattori: si ha bensì un caso, ma un caso prodotto esclusivamente da colpa del comodatario, e a maggior ragione si deve dire, che questi ne risponde di fronte al comodante.

Il caso fortuito può consistere in un altro qualsiasi avvenimento naturale, come un incendio, un terremoto, una frana. Anche in questi casi il comodatario è esente da responsabilità, a meno che — conchiude il giureconsulto — potendo salvare le cose comodate, non abbia preferito salvare le proprie.

Può sembrare strano, a prima vista, il veder affermata con tanta sicurezza la massima, che il comodatario deve sacrificare

l'interesse proprio a quello del comodante, quasi che si potesse con una norma giuridica imporre l'altruismo nei rapporti sociali. Eppure, chi ben guardi, essa è improntata a un alto principio di equità : perchè non è giusto nè morale, che il comodatario anteponga l'utile proprio all'interesse di chi lo ha beneficato, non curandosi di evitargli una perdita, che quegli non avrebbe subita, se non avesse reso il favore.

Fino a questo punto i testi ci presentano un complesso logico e facilmente intelligibile di regole dirette a determinare il grado di responsabilità del comodatario. Gravi dubbi invece sorgono intorno ai §§ 5 e 6 della stessa legge, su la cui interpetrazione molto si è discusso e molto fantasticato.

« Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare ».

« Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est. nam interdum et hominis custodia praestanda est, si vinctus commodatus est, vel eius aetatis, ut custodia indigeret: certe si hoc actum est, ut custodiam is qui rogavit praestet, dicendum erit praestare ».

Il comodatario — si dice nel § 5 — deve prestare altresì la *diligenza* delle cose comodate. Ora, è ovvio domandare: a che cosa mai Ulpiano ha voluto riferirsi con questo vocabolo ? quale altra specie di responsabilità vi può essere, dal momento che prima si è affermato, che il comodatario è tenuto a prestare la *culpa lata* non solo, ma anche la *culpa levis in abstracto* ?

Per gli antichi, che oltre la colpa lata e lieve ammettevano anche il concetto della *culpa levissima*, la risposta era facile; ma oggi, che la scienza ha ripudiato unanimemente siffatta tripartizione della colpa, bisogna cercare altra via. Qualche scrittore crede di risolvere la difficoltà assumendo, che dal comodatario si esige una diligenza anche maggiore di quella solita a usarsi da un buon *paterfamilias* negli affari propri, e che quindi la responsabilità di lui è talmente rigorosa da varcare i limiti della *culpa levis in abstracto*. E confortano la loro tesi col contenuto del § 6. Quivi è detto: si dubitava presso le antiche scuole, se dovesse prestarsi anche la custodia dell'uomo dato a

comodato; imperocchè non di rado tale custodia è di obbligo, quando per esempio lo schiavo prestato sia incatenato, o sia di tale età che abbisogni di essere custodito. E certamente è da dire che, se fra le parti si è convenuto, che il comodatario presti la custodia, questa dovrà prestarsi.

In base a questo testo il Baron sostiene, che è forza ammettere, almeno per il comodato di schiavi, un concetto di custodia in senso tecnico, e conseguentemente una figura speciale di responsabilità, più larga della usuale, e che si estenderebbe al caso fortuito, ma non alla forza maggiore. Tale induzione però mi sembra poco scientifica e, quel che è peggio, campata in aria, poichè non è affatto giustificata dalla lettera del passo. Si tratta qui nè più né meno che di una particolare applicazione della responsabilità per la colpa lieve in astratto. Conviene infatti considerare, che il concetto della *culpa levis in abstracto* non è assoluto, nel senso che possa determinarsene *a priori*, per tutti i possibili casi, la portata e l'estensione. È invece un concetto variabilissimo, che assume aspetti multiformi e deve adattarsi all'indole dei singoli rapporti giuridici. E' naturale che, quando si ha in comodato uno schiavo che il proprietario teneva legato, perchè lo conosceva solito a darsi alla fuga, lo si deva sorvegliare con la massima attenzione, per impedire che ciò avvenga: e che, quando lo schiavo è un fanciullo, il comodatario debba aver cura di preservarlo dai pericoli dell'età. La custodia non differisce dunque dalla ordinaria: e se la responsabilità sembra aggravata, ciò avviene in virtù delle particolari circostanze del caso concreto, che impongono una maggiore diligenza. Nè è necessario, per stabilire l'obbligo della custodia più rigorosa, una pattuizione speciale, come farebbero credere le parole *si hoc actum est*, le quali molto probabilmente sono una inopportuna aggiunta dei compilatori.

In conchiusione, stimo che il comodatario nella custodia della cosa risponde non oltre la *culpa levis in abstracto*, di cui è d'uopo fissare i limiti secondo la natura dell'oggetto dedotto nel contratto; una responsabilità più stretta, come quella vo-

luta dal Baron, relativa al comodato di schiavi, non trova serio fondamento nei testi.

§ LIV.

La responsabilità normale, se qualche volta sembra allargarsi, non di rado si restringe invece sensibilmente a favore del comodatario. Ciò avviene, ora per effetto di un accordo fra le parti, ora in vista del particolare scopo che le parti stesse si sono proposto nel conchiudere il contratto. A tal riguardo così si esprime il § 10 del frammento che stiamo esaminando:

« Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta si quis ita convenit: vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit. »

Dunque la responsabilità del comodatario si limita al dolo, quando vi sia una speciale convenzione limitativa diretta a ciò. Non è lecito però escludere preventivamente perfino il dolo, giacchè un simile patto conterrebbe un incitamento a commetterlo; ma nulla impedisce, che si cancelli con un patto posteriore la responsabilità già incorsa a causa di dolo. Le stesse regole valgono eziandio per la *culpa lata*, la quale — come è noto — su per giù viene equiparata al dolo.

Ma, anche in mancanza di patto, si risponde soltanto del dolo e della colpa lata, nella ipotesi che il comodato sia rivolto non già, come di solito accade, all'interesse del comodatario, bensi all'esclusivo interesse del comodante. Tale sarebbe — dice il testo — il caso di uno che abbia prestato alla fidanzata o alla moglie delle vesti e dei monili, perchè se ne adorni nella cerimonia della *deductio in domum* (la quale non era un elemento sostanziale del matrimonio, ma semplicemente un complesso di formalità solenni che servivano ad attestare l'esistenza dell'*affectio maritalis*). Questo esempio non sembra però molto appropriato, perchè certamente non giova soltanto al decoro del marito, che la moglie sia splendidamente abbigliata nel dì della

deductio, sì bene anche a quello della donna e dei parenti di lei. Più adatto è l'altro caso, di un pretore che, volendo dare dei pubblici giuochi, abbia prestato gli oggetti necessari ai commedianti: poichè qui i giuochi non sono dati con altro scopo che quello di far acquistare popolarità al pretore.

Del resto è facile imaginare infiniti casi, in cui il comodato serve all' interesse del solo comodante. Se per esempio Tizio, che ignora la lingua tedesca e tuttavia ha bisogno di conoscere il contenuto di un libro scritto in tedesco, presta quel libro a un amico perchè lo legga e quindi glielo riassuma: evidentemente è il comodante che si avvantaggia del contratto, onde è naturale che il comodatario sia esonerato dal prestare la colpa.

§ LV.

B. — *Obbligo di non eccedere nell' uso della cosa.* Il comodatario può adibire la cosa all'uso indicato nello stringere il contratto. Secondo alcuni, l'uso dev' essere in ogni caso determinato: altri si spingono fino a trarre delle conseguenze generali da questo principio, facendo consistere la differenza fra il precario e il comodato appunto in ciò, che la concessione a precario sarebbe fatta senza determinazione dell'uso, mentre nel comodato si dovrebbe sempre indicare lo scopo per cui la cosa si dà a prestito.

In Italia questa tesi ha trovato un caldo fautore nel professore FERRINI, che l' ha sostenuta con la consueta dottrina e con copia di argomentazioni, sia nel già citato articolo inserito nell'*Archivio Giuridico*, sia nelle note al titolo *commodati* nella traduzione italiana del commentario del GLUCK. Tuttavia non sembra che essa possa reggersi, nè dal punto di vista storico nè dal lato dommatico. Non dal punto di vista storico perchè, una volta ammesso — e in ciò sono d'accordo quasi tutti i moderni, compreso il FERRINI — che la forma primitiva del comodato fu la *fiducia cum amico*, ne viene per conseguenza che il comodato non potè esser rivestito di caratteri così recisi e spiccati, come si pretenderebbe. E' vero, che intorno al concetto

della *fiducia cum amico* si disputa, e non mancano quelli che oltre il comodato vorrebbero farvi rientrare il deposito: anzi, secondo un' opinione recentissima, la forma usuale di questa specie di contratto sarebbe stata la *fiducia pignoris causa*, per cui fra debitore e creditore si conveniva di affidare la cosa a un amico comune, a titolo di deposito e di garanzia. Ma tutto ciò è fortemente controverso e in verità poco accettabile, come riconosce lo stesso FERRINI, il quale accetta l'opinione comune, già da noi accennata (pag. 147), che nella *fiducia cum amico* ravvisa una *mancipatio sub fiducia*, diretta a scopo di prestito gratuito o di custodia. Ora, se così è — e a me pare non potersi dubitare che sia così, — poichè con la *mancipatio* avviene una traslazione di proprietà, non si sa concepire l'esistenza di tutte quelle limitazioni che secondo il FERRINI costituirebbero l' essenza del comodato.

Ma, a prescindere da tutte queste considerazioni di indole storica, è opportuno domandare: quale fondamento ha nelle fonti la teoria che combattiamo? Il FERRINI assume, che in moltissimi testi, quante volte si parla di comodato, si accenna all'uso specifico per cui si è data la cosa: e da ciò si ritiene autorizzato a conchiudere, che dunque le parti dovevano sempre determinare lo scopo del contratto. A ciò si risponde facilmente, che dai testi da lui citati altro non si può desumere, se non che di solito le parti stabiliscono l' uso della cosa da farsi dal comodatario, ma dai testi non si esclude, che tale uso sia molto ampio, anzi che non venga affatto circoscritto. In quei frammenti non troviamo nessuna affermazione che contradica a questo concetto: e non si sa vedere perchè ciò che poteva essere soltanto abituale si voglia far diventare obbligatorio.

Va notato peraltro, che la tradizione romanistica è tutta nel senso della limitazione dell'uso, ed è tradotta in norma di diritto positivo dall'art. 1805 cod. civ., dove è detto che il comodatario deve servirsi della cosa ricevuta « per un *tempo* od *uso determinato* ».

§ LVI.

Stabilito l'uso per cui la cosa si dà a comodato, il comodatario non ha diritto di servirsene per un uso diverso. Se ciò faccia, dovrà risarcire al comodante i danni che tale uso abbia arrecato alla cosa. E la responsabilità per i danni non è la sola conseguenza dell'uso abusivo; il diritto romano va più in là, poichè ravvisa in esso un furto, il così detto *furtum usus*.

È importante al riguardo il § 8 dello stesso fr. 5:

« Quin immo et qui alias re commodata utitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur, ut Iulianus libro undecimo digestorum scripsit. denique ait, si tibi codicem commodavero et in eo chirographum debitorem tuum cavere feceris egoque hoc interlevero, si quidem ad hoc tibi commodavero, ut caveretur tibi in eo, teneri me tibi contrario iudicio: si minus, neque me certiorasti ibi chirographum esse scriptum: etiam teneris mihi, inquit, commodati, immo, ait, etiam furti, quoniam aliter re commodata usus es, quemadmodum qui equo, inquit, vel vestimento aliter quam commodatum est utitur, furti tenetur. »

Il giureconsulto incomincia con l'affermare recisamente il principio, che colui il quale ha impiegato la cosa ricevuta a comodato in un uso diverso da quello stabilito, ne risponde con l'*actio commodati directa* non solo, ma anche con l'*actio furti*. Dalla regola generale discende poi a un caso pratico. Supponiamo — egli dice — che io ti abbia prestato un *codex*, e che tu in esso abbi fatto scrivere al tuo debitore un chirografo, ed io lo abbia cancellato. Allora, o io ti aveva dato il *codex* proprio con lo scopo, che ti servisse a farti fare dal debitore la ricognizione del debito, e in questo caso sarò responsabile verso di te per la cancellazione, onde tu potrai convenirmi con l'*actio commodati contraria*; o, viceversa, non era tale lo scopo del comodato, e nemmeno tu ti curasti di avvertirmi dell'esistenza del chirografo: e qui si dovrà dire, che tu sarai tenuto di fronte a me con l'*actio directa*, anzi anche con l'*actio furti*, perchè ti sei permesso di far servire il *codex* a tutt'altro uso da quello

per cui lo ricevesti a comodato. E similmente è tenuto in base all'azione di furto colui che ha fatto servire un cavallo o un abito prestatigli a un uso che non è quello stabilito.

Le due azioni concorrono cumulativamente, non elettivamente, contro il comodatario che ha abusato della cosa: vale a dire che, consumata l' una, può benissimo il comodante sperimentare l'altra. E ciò è naturale, se si pensi che hanno indole e finalità affatto differenti. L'*actio commodati directa* appartiene infatti al novero delle *actiones rei persecutoriae*, le quali a null'altro tendono che a conseguire l' *id quod interest*, il risarcimento del danno : in altre parole — per dirla con la precisa formola di molti pandettisti — a ricondurre il patrimonio dell'attore nelle medesime condizioni in cui si troverebbe, se il danno non fosse avvenuto; mentre invece l' azione di furto è un' *actio poenalis*, e mira quindi, oltre che a risarcire il danno, ad accrescere a titolo di sodisfazione il patrimonio del derubato. Ma con ciò non è esaurita la serie delle azioni con cui può essere aggredito il comodatario infedele. Può darsi, che il comodante non abbia la proprietà della cosa: verificandosi ciò, potrà il proprietario, trattandosi di *res mancipi*, agire in revindica contro il comodatario; quanto alle *res nec mancipi*, riguardo alle quali la revindica non è ammessa, potrà farsi a chiedere la *restitutio* mercè la *condictio furtiva*. Veramente, pare strano che al *dominus* si conceda la *condictio*, ossia un'azione con cui si domanda il trasferimento della proprietà. A questa anormalità si ricorre—dicono i testi — in odio ai ladri, *odio furum*; ma è necessario in questo caso trasformare l'indole dell'azione, imprimerle il carattere di una *condictio possessionis*, vale a dire di un mezzo con cui si domanda non la proprietà — perchè non si può domandare ciò che già si ha — ma semplicemente il possesso.

§ LVII.

C. — *Obbligo della restituzione*. L'obbligo fondamentale del comodatario è quello di restituire la cosa non appena decorso il tempo stabilito, o terminato l'uso per cui la cosa fu data. È

appunto da ciò che appare manifesto, perchè il comodato non possa concepirsi se non come un contratto reale.

L'obbligo suddetto s' intende adempiuto allora soltanto, che la cosa sia stata restituita senza guasti. In caso contrario, e quando la deteriorazione sia stata effetto di dolo o di colpa del comodatario, questi non sarà liberato dall'obbligo della restituzione prima di aver risarcito il danno. E' in questo senso che va spiegato il fr. 3 § 1 h. t. (ULPIANUS *libro vicensimo oclavo ad edictum*):

« Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita, quae deterior facta redditur, nisi quid interest praestetur: proprie enim dicitur res non reddita, quae deterior redditur. »

Se la cosa data a comodato viene bensì restituita, ma deteriorata, s' intenderà che il comodatario non abbia ottemperato all' obbligo della restituzione, ove non paghi l' *id quod interest*: imperocchè si suol dire, e con ragione, che la cosa non è restituita, quando la si restituisce danneggiata. Naturalmente — come dicevamo, — se il danno sia avvenuto per caso fortuito o per forza maggiore, dei quali il comodatario non risponde, basta che egli restituisca la cosa nello stato in cui attualmente si trova.

§ LVIII.

Tutto ciò riguarda il *modo* della restituzione. Quanto al *luogo*, è di somma importanza pratica stabilire, se la restituzione debba effettuarsi nel domicilio del comodante ovvero in quello del comodatario. La norma generale del diritto delle obbligazioni è, che non si possa imputare l'inadempienza al debitore, se non si è richiesto il pagamento nel domicilio di lui; ma nel comodato, come in tutti i contratti a titolo gratuito, è molto dubbio, se questa norma possa applicarsi.

Parecchi scrittori si sforzano di risolvere la questione mediante la ipotesi configurata dal fr. 12 § 1 h. t. (ULPIANUS *libro vicensimo nono ad Sabinum*):

« Commodatam rem missus qui repeteret cum recepisset, aufugit. si dominus ei dari iusserat, domino perit: si commonendi causa miserat ut referretur res commodata, ei qui commodatus est. ».

Si tratta di ciò: il comodante ha dato incarico ad uno di andare a richiedere la cosa che trovasi a comodato. Costui la ritira e se ne scappa via portandola con sè. Dice Ulpiano, che la responsabilità deve regolarsi guardando alle circostanze di fatto. Se il comodatario ha avuto ordine dal *dominus* di consegnare la cosa all'incaricato, egli ha fatto il suo dovere e non risponde più di nulla; ma se invece non ha avuto alcun ordine, e il comodante gli ha inviato quella persona unicamente per sollecitare la restituzione, egli è tenuto a risarcire la perdita che il *dominus* ha subito per la fuga del messo.

La doppia decisione data dal testo è consona ai principi rigorosi della logica e del diritto, ma non offre elementi sufficienti da cui si possa trarre una soluzione sicura della nostra questione. Difatti, il primo dei casi contemplati non ci autorizza a ritenere, che la restituzione dovesse in ogni caso richiedersi nel domicilio del comodatario, poichè l'aver mandato un *missus* a riprendere la cosa può essere stato effetto o di una convenzione speciale, o di un uso invalso nella pratica, o di un atto spontaneo da parte del comodante. Analoghe sono le ragioni, per cui l'altro caso non dimostra, che la restituzione debba d'ordinario avvenire nel domicilio del comodante.

Bisogna dunque, secondo me, rinunziare a superare la difficoltà con l'aiuto dei testi, e ricorrere ad altri criteri. Bisogna ricordarsi, che il rapporto nascente dal contratto di comodato è di buona fede, onde nel relativo giudizio il giudice deve procedere alla determinazione dei rispettivi diritti *ex aequo et bono*. Ora, non è certamente conforme ai principi della ragione pratica e dell'equità, che il comodante dopo aver reso un favore al comodatario col prestargli gratuitamente la cosa propria, debba poi incomodarsi anche ad andare a riprenderla nel domicilio di lei. Ritengo quindi, che la cosa debba restituirsi

nel domicilio del comodante, o, a volere esser larghi, nel luogo ove fu conchiuso il contratto.

§ LIX.

La restituzione deve aver luogo senza indugi nè tergiversazioni di sorta da parte del comodatario. Tuttavia questi potrà rifiutarvisi, quando dimostri di essere proprietario della cosa che l'attore pretende avergli data a comodato: poichè in tal caso il rapporto di comodato non esiste addirittura, come si rileva dal fr. 15 *depositi vel contra*, su cui avemmo già occasione di fermarci (pag. 156). Egli opporrà *in iure* la relativa eccezione, domandando che lo si dispensi dal restituire la cosa, fino a quando non venga risoluta la quistione di proprietà. Si osservi però, che se la eccezione non è liquida, e si veda chiaro che tende ad eludere o a differire l'obbligo della restituzione, il giudice non può tenerne conto e deve senz'altro condannare il comodatario, il quale potrà, se lo creda, far valere il proprio diritto in un giudizio separato.

Inoltre il comodatario può, quando concorrano determinate circostanze, esercitare lo *ius retentionis* a garanzia di ciò che il comodante gli deve a titolo d'indennità per certe spese da lui fatte intorno alla cosa e per i danni che questa gli ha prodotto. Di ciò sarà detto a luogo più opportuno, nel fissare gli obblighi del comodante (§ LXIII).

Finalmente, il comodatario non può opporre la compensazione, poichè non possono formare oggetto di compensazione se non le cose fungibili. Per conseguenza, se, perita per colpa propria la cosa ricevuta a comodato, egli debba rispondere del valore di essa, sarà ammessibile la compensazione fra la somma di danaro che rappresenta il detto valore e un credito che il comodatario abbia verso il comodante.

§ LX.

Del *tempo* in cui deve eseguirsi la restituzione si occupa diffusamente Paolo nel fr. 17 § 3 h. t. (PAULUS *libro vicensimo nono ad edictum*):

« Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti, aut etiam sciens vitiosa commodaveris: adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est. »

Il giureconsulto incomincia dicendo che, non potendo giuridicamente costringersi alcuno a dare a comodato, spetta al comodante fissare le modalità del comodato e il termine entro cui questo deve durare. Ed ecco le parole del testo: siccome il prestare a titolo di comodato è cosa che dipende dalla volontà e dall'*officium* (obbligo morale) piuttosto che da una necessità giuridica, per ciò lo stabilire i limiti e la fine del comodato appartiene a colui che accorda il beneficio.

Però, una volta che il termine è stato fissato, esso rappresenta una clausola del contratto e come tale dev'essere rispettato da entrambe le parti: onde non è lecito al comodante to-

glierlo di mezzo o abbreviarlo a suo capriccio. Il passo difatti continua così:

Ma quando uno abbia ciò fatto, vale a dire quando abbia dato la cosa a comodato, allora lo stabilire un termine diverso e il tornare indietro, ritogliendo intempestivamente l'uso della cosa prestata: tutto ciò non è l' obbligo morale soltanto che lo impedisce, ma altresì l' obbligo giuridico assunto, di dare e ricevere. Allora in verità si è conchiuso scambievolmente un negozio giuridico, epperò scambievolmente si possono far valere delle azioni, affinchè si dimostri, che ciò che all'inizio era effetto di un beneficio e della pura volontà, si è convertito dipoi in reciproche prestazioni, fondate su azioni civili.

Dunque, ciò che prima del contratto può consistere semplicemente in una benevola disposizione di animo, acquista, in forza dell'accordo contrattuale, efficacia obbligatoria. Il giureconsulto illustra questo principio con esempi tratti dalla gestione di negozio e dal mandato:

Lo stesso avviene per colui, che ha cominciato a gerire gli affari di un assente. Egli non era obbligato a farlo; ma, una volta che vi si è messo, non può disinteressarsene e lasciare che quegli affari andassero a male: perchè, chi vi dice che, se non avesse assunta lui la gestione, non se ne sarebbe incaricato un altro? Tanto è vero che, mentre appartiene alla volontà l'accettare un mandato, è invece una necessità giuridica il darvi esecuzione.

Il passo conchiude adducendo degli esempi di comodato, i quali dimostrano che, ove il comodante avesse la facoltà di riprendersi in qualunque momento la cosa, il comodatario verrebbe a soffrirne danni gravissimi, talvolta irreparabili.

Pertanto, se tu mi prestasti a comodato delle tavolette incerate, con lo scopo, che il mio debitore ci scrivesse la dichiarazione del suo debito, eppoi ti fai avanti a ripeterle inopportunamente, il tuo non è un modo di agire corretto: perchè, se me le avessi negate, o le avrei comprate o mi sarei servito di testimoni. Lo stesso si dica, se mi prestasti delle travi per puntellare una casa, indi te le ripigliasti, oppure se scientemente

mi prestasti delle travi difettose: poichè è d' uopo soccorrerci, non già ingannarci, con un beneficio. In base a questi motivi si concede eziandio l'azione contraria.

In buona sostanza: Si accorda assoluta libertà al comodante nell'indicare il momento in cui deve aver termine il contratto; ma, indicato che l'abbia, non può anzi tempo riprendere la cosa. Il fatto proprio lo vincola irrimediabilmente. In ciò si rivela in special modo la profonda differenza che passa fra la concessione a comodato e la concessione a precario. Quella assume la forma di un contratto ed obbliga fino alla scadenza del termine il concedente; questa può essere dal concedente revocata in qualunque istante.

E' ovvio poi osservare che, essendo il comodato un contratto di buona fede, lo scopo per cui la cosa si presta o il termine entro il quale la si deve restituire possono o venir dichiarati espressamente dalle parti o desumersi dal contesto dell'atto e dall'insieme delle circostanze del caso; e se anche ciò non riesca possibile, nulla impedisce al giudice di cercare dei limiti nella consuetudine locale.

Qualche volta però, in omaggio all'equità e alla buona fede, si accorda eccezionalmente al comodante la facoltà di riprendersi la cosa prima dello spirare del termine. Supponiamo il caso seguente. Una persona ricchissima concede una casa a comodato, da durare per lo spazio di cinque anni, a un suo parente. Prima che finiscano i cinque anni, una catastrofe finanziaria colpisce il patrimonio del comodante, a cui non resta se non la casa di cui ha concesso l' abitazione al parente. Qui, poichè il comodante non ha altra casa per abitarvi, nè ha i mezzi per prenderla in locazione, giustizia vuole che gli si permetta di abbreviare il termine del contratto.

La questione è tutt'altro che pacifica fra i cultori del diritto romano. I sostenitori della opinione dianzi accennata, poichè le fonti tacciono al riguardo, argomentano per analogia da una costituzione imperiale, relativa al contratto di locazione, nella quale è stabilito nel modo più esplicito, che il locatore può domandare la casa locata prima ancora della scaden-

za del termine convenuto, quando essa gli sia assolutamente necessaria per uso proprio. Ora — essi dicono — se ciò si ammette per la locazione, in cui l'uso è concesso mediante un correspettivo, a più forte ragione dovrà ritenersi per un contratto di beneficenza, quale è il comodato. A ciò si ribatte da gli oppositori, che si tratta di un principio di diritto singolare, il quale in tanto vige riguardo alla locazione, in quanto è sancito da una speciale norma di legge; e che è contrario alle sane regole d'interpetrazione estendere quel principio a casi analoghi. Si aggiunga, che nel fr. 17 § 3 si afferma in modo assoluto, che il termine va rispettato: non v'è nessun accenno, per quanto lontano, ad eventualità che ne affrettino la scadenza.

Io per conto mio non dubito, che la prima delle opinioni esposte sia la vera. Non è già che qui voglia applicarsi un principio di diritto singolare a un caso non contemplato dalla norma positiva; ma si ragiona in base a un argomento *a maiori ad minus* di indiscutibile evidenza. Vi ha dippiù: negare che il comodante possa riavere subito la cosa, quando si trovi in urgente e imprescindibile bisogno di riaverla, è lo stesso che negare che il comodato è un contratto di buona fede. Quanto poi alla lettera del fr. 17 § 3, osserviamo che favorisce in certo modo, anzichè contradirlo, il nostro assunto. Difatti in esso si parla di richieste *intempestive*, *inopportune*; ora, nella ipotesi da noi addotta ad esempio, non è certamente intempestivo nè inopportuno che il comodante domandi la propria casa per non dormire su la strada. Pertanto è giusto lasciare ampio campo al prudente arbitrio del giudice, il quale, esaminate le circostanze del caso concreto, deciderà, se il comodatario debba ritenere la cosa fin che non sia scorso il termine, oppure debba subito restituirla.

Tale è la via seguita dal diritto vigente, in cui non vi è più controversia su questo punto, poichè la maggior parte dei codici moderni sanziona la tradizione romana nel senso da noi sostenuto. Così il nostro codice civile, dopo aver dichiarato nell'art. 1815 che « il comodante non può ripigliare la cosa data a

prestito, fuorchè decorso il termine convenuto, ovvero, in mancanza di convenzione, dopo che la cosa ha servito all'uso per cui fu prestata », nell'art. 1816 stabilisce: « Nondimeno, se durante il detto termine o prima che sia cessato il bisogno del comodatario, sopravviene al comodante un urgente impreveduto bisogno di valersi della cosa, può l'autorità giudiziaria, secondo le circostanze, obbligare il comodatario a restituirla ».

§ LXI.

L'obbligo della restituzione comprende non soltanto la cosa, ma tutti gli accessori di essa: quindi tutto ciò che vi si è aggiunto o che ne è stato prodotto durante il periodo del comodato. Fr. 38 § 10 *de usuris et fructibus etc.* 22, 1 (PAULUS *libro sexto ad Plautium*):

« Si possessionem naturalem revocem, proprietas mea manet, videamus de fructibus. et quidem in deposito et commodato fructus quoque praestandi sunt, sicut diximus. » Se io richieda il possesso naturale di una cosa, perchè la proprietà è rimasta presso di me, vediamo che cosa avvenga dei frutti. Invero nel deposito e nel comodato debbono restituirsi ancho i frutti.

Va da sè che, ove nel fare la concessione si sia esplicitamente o implicitamente permesso al comodatario di servirsi, in tutto o in parte, dei frutti che saranno prodotti dalla cosa, il patto ha piena efficacia giuridica.

§ LXII.

Si può dubitare, se la regola suddetta vada estesa anche a quegli accessori che non possono propriamente dirsi frutti della cosa, ma che hanno avuto origine da essa per un caso straordinario. Al comodatario, per esempio, è stata rubata la cosa. Egli agisce contro il ladro con l'*actio furti*, la quale compete a lui e non al comodante, non ostante che questi rimanga proprietario, perchè in fondo il comodatario è l'unico danneggiato dal furto, incombendo a lui la responsabilità per la restituzione.

Con l'*actio furti* dunque egli ricupera la cosa, e oltre a ciò riscuote la penale a cui viene condannato il *fur*. Si domanda: la penale cederà in favor suo, o del comodante?

Questo punto era assai controverso fra le antiche scuole dei giureconsulti. Alcuni, inspirandosi più all'equità che allo stretto diritto, sostenevano che il comodatario potesse far sua la penale, perchè è giusto che chi sopporta il rischio della cosa tragga profitto anche dai lucri eventuali che essa può produrre; altri all'incontro, ragionando secondo il rigore dei principi, asserivano che la penale, non essendo se non un accessorio della cosa comodata, deve con la cosa restituirsi al comodante. Giustiniano, volendo troncare il dissidio con una norma legislativa, si attenne alla seconda delle opinioni esposte: e ciò ebbe a dichiarare in una delle cinquanta decisioni da lui inserite nel *codex repetitae praelectionis*.

§ LXIII.

Non ci resta ora che esaminare il contenuto dell'*actio commodati contraria*. Occorre, in altri termini, stabilire di qual natura siano e fino a qual punto possano estendersi gli obblighi del comodante.

Nella normalità dei casi, di veri e propri obblighi da parte del comodante non si può parlare. Consegnata che egli abbia la cosa, acquista tutti i diritti senza esser vincolato da alcun dovere. Al comodato, come a gli altri contratti reali, ripugna lo ammettere, che in base alla convenzione possa stabilirsi una reciprocità di obbligazioni fra le parti. È l' indole stessa del contratto che vi si oppone.

Pertanto gli obblighi del comodante non possono derivare che da eventualità del tutto estranee al contratto, e si fondano non già sul contratto stesso ma su principi generali di equità, quali sono quello che vieta l'arricchirsi a detrimento altrui, e quello secondo cui ciascuno è tenuto per il danno che egli abbia arrecato per dolo o colpa. Si tratta dunque di una responsabilità che nasce accidentalmente ad occasione della cosa che

forma oggetto del rapporto giuridico: il farla valere con un'azione contrattuale è unicamente dovuto a ciò, che il contratto è di buona fede.

Del resto su lo svolgimento e sul concetto delle *actiones contrariae* è superfluo insistere, giacchè più volte ci è occorso di farne cenno. Indaghiamo piuttosto, quali spese il comodante debba rimborsare, e quali danni egli sia obbligato a risarcire.

Spese. Le spese che sono a carico del comodatario, e quelle che devono erogarsi dal comodante, sono indicate nel fr. 18 § 2 *commodati vel contra* (GAIUS *libro nono ad edictum provinciale*):

« Possunt iustae causae intervenire, ex quibus cum eo qui commodasset agi deberet: veluti de impensis in valetudinem servi factis quaeve post fugam requirendi reducendique eius causa factae essent: nam cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset. sed et id, quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet: modica enim impendia verius est, ut sicuti cibariorum ad eundem pertineant. »

Possono sopravvenire delle giuste cause, in base alle quali sarà lecito proporre contro il comodante l'*actio commodati contraria*: ad esempio per le spese che il comodatario abbia fatto onde curare lo schiavo di una malattia, e per quelle che siano state necessarie a ricercarlo e a ricondurlo dopo la di lui fuga. Le spese di vitto naturalmente sono a carico di colui che ha ricevuto l'uso gratuito della cosa. In fondo in fondo, ciò che dicemmo circa le spese di malattia e di fuga deve intendersi riferito in generale a tutte le spese maggiori; viceversa le spese di poco conto, quali sono appunto le spese di vitto, è giusto che vengano sopportate dal comodatario.

La distinzione fatta dal testo fra spese *minori* e *maggiori* — *modica impendia* e *maiores impensae*—corrisponde in sostanza a quella più moderna, di spese *ordinarie* e *straordinarie*. Le spese ordinarie, quelle che diremmo *di manutenzione*, sono evidentemente a carico del comodatario, in quanto che l'uso avviene nel suo interesse; invece le spese straordinarie, ossia

quelle che sono indispensabili alla *conservazione* della cosa, devono pagarsi dal comodante. Il comodatario è bensì tenuto ad anticiparle, per evitare che la cosa perisca, ma potrà poi ripeterle con l' *actio contraria*.

Posto in tal modo il vero significato della distinzione, è agevole apprezzare gli esempi riportati dal passo, e comprendere, che sono lungi dall'avere un valore assoluto. È possibile nel fatto che si presentino tali peculiari circostanze da invertire completamente l'onere della spesa. Così, ciò che si afferma circa la responsabilità del comodante per le spese rivolte a curare lo schiavo, deve ritenersi vero per le malattie di lunga durata e per quelle croniche; quanto alle indisposizioni leggere, rientrano nella categoria delle spese di manutenzione. Così anche, le spese fatte per rintracciare e ricuperare lo schiavo fuggito possono ripetersi dal comodante, nel solo caso che sia intervenuta colpa da parte di lui, ossia che egli abbia dato a comodato un cattivo soggetto; che se invece lo schiavo era un buon diavolo, e il comodatario gli abbia inflitto tali maltrattamenti da metterlo al punto di sottrarsene con la fuga, non potrà egli pretendere da altri il rimborso di spese incontrate per propria colpa. E finalmente, per ciò che riguarda le spese di cibo, come potrebbero queste addossarsi tutte al comodatario, se lo schiavo prestatogli soffrisse di tenia?

Danni. Il comodante risponde senza dubbio dei danni prodotti da dolo o da colpa lata che egli abbia commesso nel fare la concessione. Quindi, se - poniamo - abbia dato a comodato un cavallo vizioso, e il comodatario avendolo inforcato sia stato sbalzato di sella, egli dovrà risarcirlo di tutti i danni arrecatigli dalla caduta.

Per ciò che si riferisce alla colpa lieve, secondo i principi generali è tenuto a prestarla soltanto la parte nel cui interesse è stato conchiuso il negozio giuridico: onde, siccome il comodato per lo più è conchiuso nell'interesse del solo comodatario, di regola il comodante non risponde della colpa lieve. E per conseguenza, nei casi eccezionali di comodato rivolto all'esclusivo interesse del comodante o all'interesse di entrambi i con-

traenti (vedi § LIV), si rientra in tutto e per tutto nelle norme generali.

§ LXIV.

Un istituto che ha moltissimi punti di contatto col comodato è il *precarium* (Dig. *de precario* 43, 26; Cod. *de precario et de Salviano interdicto* 8, 9). Nel precario difatti si ha, come nel comodato, la concessione a titolo gratuito dell'uso di una cosa: con questa caratteristica però, che qui si tratta di una concessione revocabile *ad nutum*, in qualunque momento, ad arbitrio di colui che l'ha fatta. L'autore della concessione - *precario dans* - si chiama *concedente*: colui che la riceve - *precario accipiens* - prende il nome di *precarista.*

Nelle fonti la definizione del precario trovasi in un frammento di Ulpiano, il fr. 1 pr. h. t. (ULPIANUS *libro primo institutionum*):

« Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur. » Si ha dunque un precario, quando è concesso l'uso di una cosa dietro preghiera del richiedente: concessione la quale durerà fino a tanto che piacerà a colui che l' ha fatta.

Quale sia stata la ragion di essere storica del precario, e quale lo sviluppo da esso seguito; quali siano precisamente le analogie, quali le dissimiglianze fra il precario e il comodato: sono argomenti irti di gravi difficoltà e molto discussi si nella storia che nella teoria del diritto romano. Ci troviamo in un campo dove ben si può dire che alla molteplicità degli sforzi tentati faccia contrasto la scarsezza dei risultati ottenuti. Tutto è incerto, tutto è oscuro: e, a quanto pare, siamo ancora lontani dal giorno in cui tante questioni riceveranno la loro soluzione definitiva.

Il metodo più sicuro da seguirsi nello studio della materia consiste, qui più che altrove, nello esaminare prima di tutto i vari punti fondamentali stabiliti nelle fonti. Solo allora che avremo raccolto i pochi elementi sicuri che ci offrono i testi,

potremo con qualche probabilità di successo avventurarci nel *mare magnum* delle congetture intorno all'origine e alla successiva evoluzione storica del precario e al posto che gli si deve assegnare fra gl' istituti del diritto giustinianeo.

§ LXV.

Incominciando dalle cose che possono formare oggetto del precario, si scorge una prima notevole caratteristica che lo distinguo dal comodato. Si è visto infatti (§ XLIV), che il comodato cadeva per lo più su cose mobili, e che solo successivamente ne fu esteso il concetto anche a gl'immobili. Nel precario avvenne un processo diametralmente inverso.

Ciò è provato anzitutto da un passo di Ulpiano, in cui il giureconsulto, supponendo come normale il precario d'immobili, soggiunge, che però anche le cose mobili possono richiedersi a precario. Fr. 4 pr. h. t. (ULPIANUS *libro septuagensimo primo ad edictum*): «In rebus etiam mobilibus precarii rogatio constitit.»

Un' altra prova non meno evidente si ha nella definizione del precario data da ISIDORO DI SIVIGLIA. Egli afferma, che il precario allora sorge, quando il creditore, pregato dal debitore, gli permette di rimanere in possesso del fondo a lui vincolato e di goderne i frutti. ISIDORUS HISPALENSIS, *E libris originum s. etymologiarum* (Lib. V, 25, 17): « *Precarium* est, dum prece creditor rogatus permittit debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere. »

Finalmente, a conferma della riferita induzione sta il fatto, che nell'editto, e nel Digesto, il quale riproduce qui l' ordinamento dell'editto, l' *interdictum de precario* è situato accanto a gl' *interdicta* relativi alle cose immobili.

§ LXVI.

I diritti — si è detto (§ XLVI) — non potevano darsi a comodato: unica deroga è quella relativa ai diritti di abitazione. Invece, qualunque diritto può concedersi a precario. La

cosa non ammette dubbi, di fronte al modo di esprimersi dei testi.

Sono importantissimi al riguardo due passi del titolo *de precario*: il fr. 2 § 3 (ULPIANUS *libro septuagensimo primo ad edictum*) e il fr. 3 (GAIUS *libro vicensimo quinto ad edictum provinciale*):

« Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel iuris adeptus est ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat: »

« veluti si me precario rogaveris, ut per fundum meum ire vel agere tibi liceat vel ut in tectum vel in aream aedium mearum stillicidium vel tignum in parietem immissum habeas. »

Si considera che abbia a titolo di precario colui il quale ha ottenuto il possesso di una cosa o di un diritto per questa sola ragione, che ha chiesto e gli è stato accordato di averne il possesso o l'uso.

Questo frammento è la prova più chiara della verità di quanto affermiamo, e lo si ricava dalle espressioni in esso adoperate. Si sa infatti, che nel linguaggio tecnico dei giureconsulti il verbo *possidere* suol riferirsi al possesso delle cose, il verbo *uti* all'esercizio dei diritti reali, e più specialmente all'esercizio delle servitù prediali.

Del resto nelle fonti è frequentissima la menzione del precario di servitù, e Gaio ne fornisce degli esempi nel citato fr. 3, in cui si parla di precario relativo alle servitù di *iter* e di *actus*, di stillicidio sopra un tetto od un'area, e alla *servitus tigni immittendi*.

Un caso diverso di precario di servitù si ha nel fr. 8 § 5 eod. tit. (ULPIANUS *libro septuagensimo primo ad edictum*):

« Si servitute usus non fuit is qui precario rogavit ac per hoc amissa sit, videamus, an interdicto teneatur. ego arbitror non alias, quam si dolo fecerit. » Se non si sia avvalso della servitù colui il quale l'ha richiesta a precario, e per tal ragione la servitù si sia perduta, sarà egli tenuto con l'*interdictum de precario*? Io credo di si, non altrimenti, che se ne abbia omesso l'esercizio per dolo.

Qui dunque non si tratta, come nel fr. 3, di concessione della servitù fatta dal proprietario del fondo servente, bensì di concessione fatta dal titolare della servitù stessa. In tal caso, l'esercizio che il precariista ne faccia vale a impedirne la perdita per non uso: ed è naturale, dappoichè il titolare di una servitù può esercitarla sia direttamente sia per mezzo di qualunque persona lo rappresenti: quindi non solo il precariista potrà efficacemente compiere un tale esercizio, ma anche l' ospite del titolare, o un operaio che esegue dei lavori per conto di lui, e perfino un visitatore. Il precariista poi è obbligato a usare della servitù, affinchè non vada perduta; se ciò avvenga, ne risponde di fronte al concedente.

La differenza che corre fra le due ipotesi si può tradurre in una formola concreta, dicendo che nel fr. 3 si allude alla concessione di una servitù inesistente, mentre nel fr. 8 § 5 si parla di concessione di una servitù già esistente. Il primo caso sopra tutto è da rilevare, perchè possono derivarne effetti giuridici di somma importanza. Supponiamo che io, proprietario di un fondo chiuso da ogni lato da proprietà altrui, debba passare a traverso tre fondi per recarmi in un altro fondo mio o su la via pubblica. Su due di questi fondi è costituita in mio favore una servitù di passaggio, sul terzo non ho che una concessione a precario dell' *iter*. Ciò malgrado, potrò esercitare il mio diritto su gli altri due fondi, imperocchè a tal uopo basta che si abbia la possibilità di transitare effettivamente sul terzo.

Anche in diritto moderno si applica largamente il concetto del precario di servitù. L'acquisto per usucapione delle servitù *discontinue* e di quelle *continue* ma *non apparenti* non è ammesso, appunto perchè l' esercizio di esse si presenta con aspetto precario.

§ LXVII.

La natura del precario emerge nel modo più spiccato dall' antitesi in cui i giureconsulti lo pongono col comodato. Nel comodato essi ravvisano un contratto nel senso più completo

e più preciso della parola: si è veduto infatti nell' analisi del fr. 17 § 3 *commodati vel contra* (§ LX), come si affermi, che se la concessione dipende da un mero atto volontario, l'esecuzione invece di ciò che si è stabilito è strettamente obbligatoria per entrambe le parti, perchè il comodato crea dei rapporti giuridici scambievoli — *geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones.* Vediamo all' incontro che cosa si dica del precario.

Fr. 14 h. t. (PAULUS *libro tertio decimo ad Sabinum*):

« Interdictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset: magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii condicio. »

A buon diritto fu introdotto l' interdetto *de precario*, non essendovi nessuna azione civile al riguardo: invero la figura giuridica del precario si accosta più alla donazione e a gli atti di beneficenza anzichè al negozio giuridico.

Il passo in esame è fra quelli che sogliono invocare i sostenitori della tesi, che secondo i concetti romani non si possa sotto l'espressione generica *negotium* ricondurre anche la donazione. Noi abbiamo, nella trattazione del negozio giuridico, respinto siffatta opinione (1), la quale è contradetta da buon numero di altri testi. Qui non è il caso di ritornare su l'argomento. A noi interessa notare, come il precario sfugga all'idea di negozio giuridico, e non sia per i giureconsulti romani se non un semplice rapporto di fatto. Esso non produce obblighi di sorta nè a carico del concedente nè a carico del concessionario: e se lo si paragona in certo qual modo alla donazione e a gli atti di beneficenza, lo si fa unicamente per far intendere, che al pari di questi è l'effetto di un obbligo morale piuttosto che giuridico.

Non è difficile ricavare dai testi altri argomenti a conforto di una simile concezione. Tanto è vero, che il precario è escluso dal novero dei contratti, che non è lecito al concedente stipulare in proprio favore l' obbligo della restituzione. Una sti-

(1) Op. cit. pag. 80-83.

pulazione di tal genere sarebbe inefficace, onde non si potrebbe in base ad essa proporre l'interdetto, come è dichiarato nel fr. 15 § 3 h. t. (Pomponius *libro vicensimo nono ad Sabinum*): « Cum quis de re sibi restituenda cautum habet, precarium interdictum ei non competit. » Dunque il concetto di stipulazione e quello di precario sono assolutamente incompatibili, ripugnanti fra loro: di qui si vede con la maggiore chiarezza, che il precario non ha la forza obbligatoria propria dei contratti.

Ma non è qui tutto. Il concedente a precario non può neppure limitare il proprio diritto a riavere la cosa mediante l'indicazione di un termine durante il quale il precariista avrà diritto di ritenerla. Lo afferma Celso nel fr. 12 pr. h. t. (Celsus *libro vicensimo quinto digestorum*):

« Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in kalendas Iulias precario possideat, numquid exceptione adiuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? sed nulla vis est huius conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat. » Quando si concede qualche cosa a precario, se si stabilisce, che il precariista possieda la cosa fino alle calende di luglio, potrà egli forse valersi della eccezione per impedire che gli si tolga il possesso prima dello spirare del termine? no, perchè non può avere efficacia alcuna la convenzione con cui si accorda di ritenere il possesso di una cosa altrui contro la volontà del proprietario.

Ed ecco come il patto relativo al termine, che nella generalità dei casi è valido e produce eccezione, quando viene apposto a una concessione a precario è radicalmente nullo — *nulla vis est huius conventionis*. Il concedente non può nemmeno di propria volontà imporsi dei vincoli: poichè tale è l'indole dell'istituto, che egli deve in qualunque momento poter riacquistare la disponibilità della cosa propria.

§ LXVIII.

Fissati questi concetti, è agevole dedurne, che l'obbligo della restituzione da parte del precariista non ha fondamento

nel rapporto di precario, bensì sorge spontaneamente dalla posizione di fatto in cui si trova il concessionario di fronte al concedente. Egli si trova in possesso di una cosa appartenente ad altri: è giusto quindi che la debba restituire.

Quid, se il precariista abbia cessato di possedere con dolo? Potrà il concedente sperimentare ancora contro di lui l' interdetto? In materia di revindica è principio inconcusso, che l'azione debba rivolgersi *adversus possidentem*, e come possessore è considerato per diritto romano *qui dolo male possidere desiit*. Nell'*interdictum de precario*, a quanto pare, si verificava lo stesso, secondo l' opinione svolta dal BEKKER nel suo libro sul possesso.

§ LXIX.

Un'altra notevole differenza distingue il precario dal comodato, in ordine all'obbligo della custodia.

Il comodatario — si è detto — risponde del dolo, della colpa lata e della colpa lieve in concreto e in astratto. Invece il precariista, secondo le idee del diritto classico, fino alla emanazione dell' interdetto risponde soltanto del dolo e della colpa lata; dopo la emanazione dell'interdetto la responsabilità di lui è identica a quella del comodatario.

Fr. 8 § 4 h. t. (ULPIANUS *libro septuagensimo primo ad edictum*):

« Ex hoc interdicto restitui debet in pristinam causam: quod si non fuerit factum, condemnatio in tantum fiet, quanti interfuit actoris ei rem restitui ex eo tempore, ex quo interdictum editum est: ergo et fructus ex die interdicti editi praestabuntur. »

§ 6 eod. fragm.:

« Et generaliter erit dicendum in restitutionem venire dolum et culpam latam dumtaxat, cetera non venire. plane post interdictum editum oportebit et dolum et culpam et omnem causam venire: nam ubi moram quis fecit procario, omnem causam debebit constituere. »

In base a questo interdetto bisogna restituire le cose nel loro stato primitivo. Ove ciò non avvenga, la condanna deve comprendere tanto, quanto era l'interesse dell'attore a che la cosa gli venisse restituita al tempo della emanazione dell'interdetto: quindi da quest'epoca si dovranno anche i frutti. E in generale è da ritenersi, che nella restituzione si risponde solamente per il dolo e per la colpa lata, per il resto no. In verità però dopo l'emanazione dell'interdetto si dovrà rispondere del dolo e della colpa e di ogni altra specie di diligenza: imperocchè, quando si è in mora per la restituzione della cosa avuta a precario, la responsabilità va intesa nel senso più largo.

La regola trovasi confermata in un passo in cui si enunciano i principi della responsabilità contrattuale in genere. È il fr. 23 *de regulis iuris* (ULPIANUS *libro vicensimo nono ad Sabinum*):

« Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium... »

Alcuni contratti vincolano soltanto per il dolo, altri per il dolo e per la colpa insieme. Fra quelli della prima specie vi sono il deposito e il precario.

Si osservi, che qui Ulpiano fa un fascio del precario e del deposito, qualificando l'uno e l'altro come contratti. Vedremo in sèguito, a proposito dell'origine storica del precario (§ LXXII), in qual conto devano tenersi queste ed altre simili affermazioni dei testi.

§ LXX.

Fra le indagini che affaticano la mente degli scrittori intorno all'istituto di cui ci stiamo occupando, tiene senza dubbio il primo posto quella relativa alla sussistenza o meno di una vera azione civile nascente dal precario a favore del concedente. Oltre ad essere un punto di capitale importanza, questo costituisce lo scoglio più arduo in tutta la teoria del precario. Non vi è romanista che non si sia sforzato di superarlo: e tut-

tavia non si può dire fin ora che siano state eliminate tutte le difficoltà che si oppongono a una soluzione sodisfacente.

Le difficoltà più gravi provengono dalle stridenti contradizioni in cui si trovano fra loro i responsi dei vari giureconsulti. Non è possibile quindi formarsi un esatto concetto della questione, senza prima procedere a un accurato esame dei passi che vi si riferiscono.

Si è già veduto, studiando il fr. 14 *de precario* (pag. 185), come Paolo asserisca, che dell'*interdictum de precariis* si sentì il bisogno onde supplire alla mancanza di un'azione civile diretta a far valere un tale rapporto — *quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset*. L'identico concetto è ripetuto, con espressioni diverse e con diverse applicazioni pratiche, in molti luoghi delle fonti. Citiamo per tutte una decisione data da Ulpiano nel commentario a Sabino: fr. 14 § 11 *de furtis* 47, 2 (ULPIANUS *libro vicensimo nono ad Sabinum*):

« Is qui precario servum rogaverat subrepto eo potest quaeri an habeat furti actionem. et cum non est contra eum civilis actio (quia simile donato precarium est) ideoque et interdictum necessarium visum est, non habebit furti actionem. plane post interdictum redditum puto eum etiam culpam praestare et ideo et furti agere posse. »

Si fa l'ipotesi, che a Tizio sia stato rubato uno schiavo concessogli a precario, e si domanda: competerà al precariista l'azione di furto? Evidentemente no, risponde il giureconsulto: e non vi sarebbe ragione di accordargliela, dal momento che non esiste veruna azione civile che impegni la sua responsabilità di fronte al concedente. Tale responsabilità, che riguarda la colpa, non comincia per lui se non al momento della emanazione dell'interdetto: e da allora è giusto, che possa a tutela del proprio interesse proporre l'*actio furti*.

Ciò che è essenziale notare per l' attuale controversia, è l'asserzione chiara e precisa, che il rapporto di precario non produce azione contro il precariista, per la semplice ragione che esso è una donazione piuttosto che un contratto: talchè per proteggerlo si dovette per forza ricorrere a un interdetto: *cum*

NON EST *contra eum* CIVILIS ACTIO, ecc. Questa asserzione—come si vede — concorda perfettamente, insino nelle parole, con quella della legge 14 *de precario.*

Sentiamo ora l'altra campana: leggiamo cioè i tre passi in cui sembra riconoscersi l'esistenza di un'*actio civilis* a favore del concedente.

Il primo è il fr. 2 § 1 e 2 h. t. (ULPIANUS *libro septuagensimo primo ad edictum*):

« Hoc interdictum restitutorium est. »

« Et naturalem habet in se aequitatem, namque precarium revocare volenti competit: est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur. »

Il presente interdetto è restitutorio, ed è fondato su l'equità naturale, dappoichè spetta al concedente il revocare a suo arbitrio il precario. Difatti è per natura equo, che tu possa approfittare della mia liberalità fin tanto che io il voglia, e che quindi io abbia diritto di revocarla, mutata che sia in me la volontà. Pertanto, nel caso che alcuno possieda una cosa nostra a titolo di precario, potremo domandarla non soltanto con questo interdetto, ma altresì con l'azione *praescriptis verbis*, che ha origine dalla buona fede.

Più in là è Giuliano che si esprime in maniera analoga. Fr. 19 § 2 h. t. (IULIANUS *libro quadragensimo nono digestorum*):

« Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione, id est praescriptis verbis. »

Quando ci è richiesta una cosa a precario, ci è dato ripeterla tanto con l'interdetto quanto con la *condictio incerti*, altrimenti denominata *praescriptis verbis.*

Ma ciò che reca più meraviglia, e che finisce d'ingarbugliare la matassa, è il vedere il medesimo concetto riapparire nitidamente in un passo delle sentenze di Paolo: di quello stesso Paolo, che nel citato fr. 14 h. t. nega nel modo più

energico la possibilità di un'azione civile relativamente al precario. IULII PAULI *Sententiarum ad filium*: lib. V tit. IV *de interdictis*, § 10:

« Reddito interdicto, actio quanquam proponatur ex eo, ut quis, qui precario habet, restituat, tamen et civilis actio huius rei, sicut commodati, competit: eo vel maxime, quod ex beneficio suo unusquisque iniuriam pati non debet. »

Quantunque in base all'interdetto si proponga l'azione, affinchè colui il quale ha la cosa a precario la restituisca: non di meno anche per tale titolo, come per il comodato, compete un'azione civile: tanto più che nessuno deve soffrire danno da un beneficio che abbia fatto.

Stando dunque alla lettera dei tre frammenti esaminati, l'azione civile nel precario vi è. In un luogo è chiamata *condictio incerti*: nei due passi di Ulpiano e di Giuliano, *actio* e *condictio praescriptis verbis*: nelle sentenze di Paolo, semplicemente *civilis actio*; ma insomma, con qualunque nome la si voglia battezzare, l'importante è, che l'azione sia ammessa. Se invece vogliamo attenerci a ciò che risulta dal fr. 14 *de precario* e dal fr. 14 § 11 *de furtis*, per domandare la restituzione non si accorda che l'interdetto. La dissonanza non potrebbe essere più acuta: e si noti, che qui non è possibile ricorrere al solito ripiego di supporre una divergenza di opinioni fra i giureconsulti. I due principi si trovano affermati con egual sicurezza in due passi di Paolo: ed è lo stesso Ulpiano che nel fr. 2 § 2 h. t. disdice ciò che ha dato per certo nel fr. 14 § 11 *de furtis*. Quale sarà mai la via per uscire da questo ginepraio?

La congettura più verosimile, che io non esito ad accogliere come quasi certa, è, che così il fr. 2 § 2 come il fr. 10 § 2 *de precario* siano stati profondamente modificati nella loro redazione originaria per opera dei compilatori giustinianei. A sostegno di tale ipotesi si possono addurre validi argomenti, ricavati sia dall'aspetto formale sia dal contenuto sostanziale di quei testi.

La prima cosa da osservare è, che nel fr. 2 § 2 si fa men-

zione di un' *actio*, nel fr. 19 § 2 di una *condictio* così detta *praescriptis verbis*. Ora, da studi recentissimi è stato dimostrato, che questa *actio praescriptis verbis*, con le caratteristiche che ha nelle fonti, fu una invenzione dei compilatori. Siccome nel diritto classico non esisteva alcun mezzo speciale per agire in base ai contratti reali innominati (*do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*): perciò i compilatori ricorsero all' espediente di coniare a tale scopo una nuova figura di azione, che indicarono col nome generico di *actio praescriptis verbis*.

Inoltre, nel fr. 19 § 2, troviamo l'*id est*, indice sicuro d'interpolazione. I compilatori - come è stato brillantemente provato dall' EISELE in una monografia inserita nella *Rivista per la fondazione Savigny* - usavano spiegare le parole antiche classiche mediante un *id est* o altra espressione equivalente.

Ancora un ultimo riflesso. L'azione *praescriptis verbis* del diritto giustinianeo era di buona fede, come è detto nelle parole finali del fr. 2 § 2 cit., e come del resto sappiamo anche per altre vie. Viceversa, la *condictio* era per sua natura *stricti iuris*: quindi la frase *condictio praescriptis verbis* del fr. 19 § 2 pecca di una grave improprietà di linguaggio, in cui difficilmente un giurista del periodo classico sarebbe caduto. Piuttosto è da attribuirla a un errore dei compilatori.

Con ciò si rimuovono in parte gli ostacoli, ma non si spiega ancora il brano delle sentenze di Paolo. Ammettiamo pure—dice il WINDSCHEID, a cui fanno coro molti altri—che i due passi del Digesto siano stati interpolati; altrettanto però non si può dire delle sentenze di Paolo.

Il DERNBURG propone una conciliazione storica, che, in tanta oscurità dei testi e in tanta discordia di pareri, mi sembra la più accettabile. Nel diritto classico - egli dice - non vi era che l'interdetto a tutela del precario, come ne fanno fede Paolo nel fr. 14 h. t. e Ulpiano nel fr. 14 § 11 *de furtis*. Posteriormente, svolgendosi e modificandosi il concetto dell'istituto, s'introdusse anche un'azione civile a base dell'interdetto, *actio quae ex interdicto proponitur*; e ciò sarebbe avvenuto dopo gli Antonini,

in un' epoca più vicina al diritto giustinianeo che al diritto classico. Ora, è molto probabile che Paolo, nel passo in discussione, abbia scritto, in conformità delle idee classiche, che il precario genera soltanto un interdetto: che, in sèguito, i glossatori del tempo intermedio lo abbiano alterato adattandolo ai più recenti risultati dell' evoluzione giuridica: e che in questa ultima forma il passo suddetto sia stato riportato dalla *lex Visigothorum*, mediante la quale - come è nòto - le sentenze di Paolo sono state tramandate a noi.

La congettura del DERNBURG ha trovato molti seguaci, fra cui il LENEL, il quale vorrebbe modificarla nel senso, che l' *actio civilis* in parola debba ritenersi un' azione con formola arbitraria nascente in forza dell' emanazione dell' interdetto. Ma ciò non è provato a sufficienza dai testi: e tutto invece c' induce a credere, che nel diritto giustinianeo si tratti di una vera e propria azione — *actio ex causa interdicti.*

§ LXXI.

Continuando a esaminare le differenze che intercedono fra il precario e il comodato, una delle più interessanti s' incontra nel diverso rapporto fra il concessionario e la cosa. Il comodatario non ha che il possesso naturale, vale a dire la pura detenzione materiale della cosa (§ XLVIII); il precariista invece può averne, e ne ha nella maggior parte dei casi, il possesso giuridico. L' argomento, disputatissimo, offre uno speciale interesse, perchè molti scrittori se ne servono di guida onde risolvere la questione su la origine storica del precario.

Nel fr. 4 § 1 h. t. (ULPIANUS *libro septuagensimo primo ad edictum*) si pone nettamente il principio, che è considerato come possessore della cosa colui il quale l' ha avuta a titolo di precario: « Meminisse autem nos oportet eum, qui precario habet, etiam possidere. »

Qui si parla del così detto precario del possesso; ma vi può essere eziandio il precario della detenzione. Se ne occupa lo

stesso Ulpiano nel fr. 6 § 2 h. t. (ULPIANUS *libro septuagensimo primo ad edictum*):

« Is qui rogavit, ut precario in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum qui concessit remanet: nam et fructuarius, inquit, et colonus et inquilinus sunt in praedio et tamen non possident. »

Quando uno ha chiesto, che gli si permetta di stare a precario nel fondo, il possesso non si trasferisce a lui, ma rimane presso l' autore della concessione. Non dissimile è il caso dell'usufruttuario, del colono, dell' inquilino: i quali stanno, è vero, nel fondo, e tuttavia non ne hanno il possesso giuridico.

Si tratta di una domanda per stare nel fondo, *morari in fundo*. Si capisce, che un precario fatto a queste condizioni non valga ad attribuire al concessionario il possesso della cosa. Di qui il paragone del precariista con l' usufruttuario, il colono, l' inquilino: poichè tutti costoro hanno il possesso giuridico del loro diritto, non già della cosa su cui il diritto cade.

Il trasferimento del possesso giuridico della cosa nel precariista mena a gravi conseguenze pratiche, che non si verificano nel comodato. A differenza del comodatario, il quale ha diritto al risarcimento di tutte le spese da lui fatte in ordine alla cosa, il precariista non può pretendere se non quelle che competono al possessore di buona fede. Ne deriva ancora, che mentre nel comodato è il comodante quegli che deve respingere co' i relativi interdetti gli attentati all' integrità del possesso (§ XLVIII); nel precario ciò spetta sempre al precariista.

Rimane ora da spiegare, di qual natura sia il possesso del precariista. Elemento essenziale del possesso è l' *animus rem sibi habendi*: quello che gli antichi dicevano, con la nota espressione di Teofilo, *animus dominantis*, e che il SAVIGNY chiamò classicamente *animus domini*. Per il SAVIGNY l'*animus domini* è « l' intenzione di trattare la cosa in fatto allo stesso modo che la suol trattare in diritto il proprietario ». Ora, nel precario non si può dire che una tale intenzione sussista: onde il SAVIGNY riconduce il possesso del precariista, come quello del creditore pignoratizio e di molti altri, al concetto di *pos-*

sesso derivato, nel quale si suol dire che il titolare possiede per sè il possesso del suo autore.

§ LXXII.

Esposti così succintamente i risultati, scarsissimi e non sempre sicuri, che allo stato attuale della scienza è dato affermare intorno alla struttura del precario, dobbiamo ora elevarci alla ricerca delle origini storiche dell'istituto: indagare cioè, per effetto di quali rapporti sociali, in forza di quali imperiose necessità pratiche esso prese corpo ed ebbe vita autonoma nell'ordinamento giuridico. Arduo còmpito invero è il tentare d'inalzare l'edificio di una ricostruzione storica su così fragili basi: e, piuttosto che illudersi di raggiungere la certezza, conviene star paghi di approssimarsi quanto più è possibile al vero. Noi qui ci limiteremo a riassumere in un quadro sintetico alcune delle opinioni messe innanzi da gl'interpetri, scegliendo, fra le tante, quelle che meglio si raccomandano per la serietà degli argomenti addotti, per l'autorità di coloro che le sostengono, per il largo suffragio ottenuto nel campo della dottrina: quindi rileveremo le più importanti fra le osservazioni critiche a cui si prestano: e additeremo infine quella che secondo noi maggiormente si giustifica di fronte ai principi dommatici e alle indagini storiche.

La prima e la più antica delle spiegazioni accennate è quella formulata dal Niebuhr, assimilata dipoi e arricchita di nuovi elementi dal Savigny. Essi ravvisano l'origine del precario nelle concessioni temporanee e revocabili di suolo pubblico fatte dai patrizi ai componenti della *gens*. È noto, come nella primitiva società romana si trovino coesistenti la classe dei *clientes* e quella dei *patres*, l'una vincolata verso l'altra da rapporti di assoluta dipendenza. Come si ricava da alcuni passi di Festo, i *patres* prendevano in fitto dallo Stato, quando non l'usurpavano addirittura, l'*ager publicus*, e ne concedevano poi il godimento ai *tenuiores*, riserbandosi il diritto di revocare in qualunque momento la concessione. Aggiungete a

ciò — dicono i menzionati scrittori — il fatto, che ai concessionari si accordavano gl'interdetti possessori, onde metterli in grado di difendere il loro possesso contro i terzi senza sollecitare in ogni occasione l'intervento del loro autore: e avrete, lucidamente delineata, la fisonomia del precario.

Convinto fautore della ipotesi esposta è il MOMMSEN, il quale anzi la vuole estesa anche ai rapporti fra lo Stato e i patrizi concessionari—e alla loro volta concedenti—dell'*ager publicus*.

Terzo fra i giuristi che si preoccupano della grave questione, le IHERING si accorda co' i precedenti nel riconoscere la connessione fra il precario e i rapporti gentilizi e familiari; ma nel determinare la natura di tali rapporti si pone da un punto di vista diverso. Egli sostiene, che nei tempi della sua origine il *precarium* compieva rispetto ai figli emancipati la stessa funzione a cui era rivolto il *peculium* per i figli *in potestate*. Questo concetto ha bisogno di qualche illustrazione perchè se ne intenda il giusto valore.

In diritto romano — come è risaputo, e come si è accennato più sopra (pag. 125 e seg.) — la *patria potestas* non conosceva limiti di età: essa non cessava se non con la morte dell'ascendente a cui ne spettava l'esercizio, o con la volontaria dismessione che egli ne avesse fatto. Per quanto grave fosse stata l' età raggiunta dal figlio; per quanto alto fosse situato il posto da lui occupato nella gerarchia sociale, nel campo del diritto privato egli non si sottraeva mai al potere del *paterfamilias*, che ne assorbiva interamente la capacità giuridica.

Si capisce bene come un tale principio, per quanto connaturato all' indole della famiglia romana, nella pratica cozzava contro tali difficoltà, che ne rendevano impossibile una rigorosa applicazione: onde a mano a mano i bisogni della vita vi apportarono dei temperamenti e delle modifiche sostanziali. Quando si vide la necessità di permettere che il *filiusfamilias* potesse costituirsi una posizione economica a sè, per ottenere lo scopo fu forza ricorrere a un ripiego. Così nacque l'idea del *peculium*, che sviluppandosi si specificò nelle tre forme classi-

che di *peculium profecticium*, *castrense* e *quasi castrense*. Si sa, in che cosa il peculio consista (cfr. pag. 129): qui diremo, per tacere degli altri, che il *peculium profecticium* era una porzione del patrimonio familiare, che il *paterfamilias* concedeva in amministrazione al figlio soggetto alla sua potestà, perchè menasse avanti la propria azienda, e potesse adempiere ai suoi doveri di cittadino e di capo di famiglia. Il padre poteva in qualunque momento ritirare la concessione e togliere al figlio l'amministrazione peculiare.

Ma anche quando il figlio era *sui iuris*, perchè sottratto alla *patria potestas* mediante l'emancipazione, soleva il padre costituirgli un assegno col quale potesse procurarsi i mezzi di sussistenza: e ciò faceva a tutela del proprio decoro, quantunque il figlio non facesse più parte della famiglia agnatizia. Anche questa concessione, al pari del peculio, era revocabile ad arbitrio del *paterfamilias*, e da ciò lo Ihering trae l'argomento capitale per sostenere, che in essa deve ricercarsi l'origine del precario.

§ LXXIII.

Ora, la prima delle congetture esposte è da respingersi senz'altro, per la semplice considerazione, che non si può ammettere un vincolo di diritto fra patroni e clienti. Non vi era bisogno nè di precario nè di altro rapporto giuridico, perchè il patrono potesse togliere al suo dipendente la cosa propria. Il giorno in cui un tale rapporto diveniva possibile, non occorreva incarnarlo in uno speciale istituto, poichè, venuto meno il legame di subordinazione, si rientrava nelle regole ordinarie.

Neppure l'opinione del Mommsen va esente da gravi obiezioni. Normalmente lo Stato percepiva un tanto dai patrizi a titolo di correspettivo per la concessione delle particelle di *ager publicus*: quindi — si è detto — si trattava di un vero contratto di locazione. A ciò si è risposto, che se l'idea di precario è incompatibile co' i principi che regolano la locazione del diritto privato, non possiamo però asserire altrettanto circa la

locazione del diritto pubblico, della quale ci sono in gran parte sconosciute le norme. Sappiamo soltanto, che il più delle volte i *quaestores* nel fare la concessione riserbavano allo Stato la facoltà di revocarla in qualunque istante: il che sembra dar ragione alla tesi del MOMMSEN.

Ma l'obiezione decisiva che si è fatta contro le due cennate ipotesi, e a cui non si è saputo trovar risposta, è, che non vi sarebbe stato bisogno di creare una figura speciale di rapporto giuridico e di accordare ai concessionari dell' *ager publicus* gl' interdetti possessori, dal momento che potevano difendersi con l'*interdictum de loco publico fruendo.*

Rimane dunque l' ipotesi dello IHERING, la quale è oggidì quella che si presenta come la più probabile. L' ultima parola però non è ancora detta su questo punto oscurissimo della storia del diritto romano.

§ LXXIV.

Il precario, sviluppandosi ed estendendosi negli usi pratici, acquistò una larghissima importanza fra gl' istituti del diritto classico. Nelle fonti se ne hanno frequentissime applicazioni pratiche: si parla, per esempio, del precario della cosa ricevuta in pegno fatto dal creditore pignoratizio allo stesso debitore, e della consegna a precario che il venditore fa della cosa venduta al compratore, quando non abbia ancora ricevuto il prezzo.

Nel periodo giustinianeo lo SCIALOIA crede che il precario fosse scarsamente applicato, e arguisce ciò dal fatto, che nel Digesto il titolo *de precario* consta di ventidue frammenti, mentre nel Codice il titolo corrispondente contiene appena due costituzioni. Ma a ragione gli fu osservato dall' UBBELHODE che, volendo seguire come assoluto un tale criterio, si giungerebbe alle più erronee conseguenze: perchè allora dal confronto del tit. 17 lib. 43 del Digesto col tit. 6 lib. 8 del Codice si dovrebbe dedurre, che anche l'*interdictum uti possidetis* abbia perduto sotto Giustiniano tutta la sua efficacia, mentre si hanno prove indiscutibili del contrario.

Il vero è che, siccome il precario appartiene più al diritto classico che al diritto giustinianeo, è naturale che nel Digesto sia trattato più ampiamente che nel Codice. Inoltre nel diritto giustinianeo esso si venne spogliando di alcuni suoi caratteri e si accostò al comodato, col quale finì quasi per confondersi. Ciò spiega, perchè in questo periodo non figuri più come un mero rapporto di fatto scevro di ogni efficacia obbligatoria, anzi se ne parli qualche volta come di un vero contratto, come fa Ulpiano nel fr. 23 *de regulis iuris* (pag. 188).

Anche nel diritto moderno il precario conserva una notevole importanza, specialmente in tema di servitù prediali, giusta l'accenno fattone a pag. 184: e anche nel diritto moderno si presenta con la caratteristica della revocabilità *ad nutum*, che ne costituiva l'essenza in diritto romano.

§ LXXV.

Chiudiamo la serie dei contratti reali con lo studio del *depositum*. Tralasciamo il *pignus*, il quale, per l'indole sua di contratto accessorio rivolto a scopo di garanzia, riceve sede più acconcia nel trattato delle garanzie delle obbligazioni.

Il deposito è un contratto reale per cui il deponente affida alla custodia del depositario una cosa, mobile o immobile che essa sia.

§ LXXVI.

Il deposito è un contratto reale. Ciò significa — come si è detto più volte — che esso non sorge se non quando il deponente consegna una cosa al depositario. Vi può essere anche per esso, come per gli altri contratti reali, un accordo preparatorio, un *pactum de deponendo*; ma questo è regolato da norme diverse da quelle relative al deposito.

Il principio è affermato chiaramente nel fr. 1 § 5 *de obligationibus et actionibus* 44, 7 (Gaius *libro secundo aureorum*),

dove si accenna altresì all'obbligo della restituzione, che è la caratteristica più spiccata dei contratti reali:

« Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur: qui et ipse de ea re quam acceperit restituenda tenetur... » Anche colui, presso il quale depositammo qualche cosa è vincolato a noi da un obbligo reale: invero anche il depositario è tenuto a restituire la cosa ricevuta.

Nel nostro diritto lo stesso principio risulta dalla definizione del deposito data dal codice civile, art. 1835: « Il deposito in genere è un atto, per cui *si riceve* la cosa altrui con l' obbligo di custodirla e di restituirla in natura ».

§ LXXVII.

Causa del deposito è la custodia. Fr. 1 pr. *depositi vel contra* 16, 3 (Ulpianus *libro trigensimo ad edictum*):

« Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur: praepositio enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet. »

Si chiama deposito ciò che si dà ad alcuno a scopo di custodia. La voce *deposito* deriva dal verbo *ponere*: la particella prefissa *de* è un accrescitivo, che denota, come tutto ciò che si riferisce alla custodia della cosa sia commesso alla fiducia del depositario.

Intanto da molti altri passi pare che risulti escluso l'obbligo della custodia nel deposito. Non sembri strana la cosa, perchè tale infatti è l'opinione di molti scrittori moderni, fra i quali il più illustre dei pandettisti viventi, il Windscheid. Essi ritengono, che per diritto romano il depositario rappresenti una parte puramente passiva: che egli abbia adempiuto a tutti i suoi obblighi quando ha accordato uno spazio dove la cosa possa conservarsi: che all' infuori di ciò non assuma altre responsabilità, e che quindi la custodia della cosa depositata non lo riguardi nè punto nè poco.

A sussidio di questa tesi si è soliti addurre un caso pratico configurato nel § 12 h. fr.:

« Quod si rem tibi dedi, ut, si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam recepit, videndum est, utrum depositi tantum an et mandati actio sit. et Pomponius dubitat: puto tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum habens et custodiae legem. »

Se io ti diedi una cosa, affinchè, se Tizio non la volesse ricevere, tu la custodissi, e Tizio difatti non la volle ricevere: bisogna vedere, se possa esercitarsi soltanto l'azione di mandato ovvero anche quella di deposito. Pomponio ne dubita: io per conto mio reputo che si ha la sola azione di mandato, perchè è preferibile considerare come mandatario colui che ha il peso della custodia.

Si tratta di ciò. Io, dovendo dare in pagamento una cosa a Tizio, la consegno a te perchè glie la portassi: però, prevedendo che Tizio rifiuterà di riceverla, ti dico che, ove ciò si verificasse, tu la conserverai presso di te fin che non sarà venuto il momento di restituirmela. Tizio effettivamente rifiuta: allora tu, da un lato hai la figura di mandatario, per aver assunto l'incarico di custodire la cosa, da un altro lato sei depositario. Quale dei due rapporti dovrà prevalere nel determinare la natura dell'azione? il mandato, risponde il giureconsulto: appunto perchè sei obbligato alla custodia.

Ora — argomentano i citati scrittori — qui si ha la prova chiara e lampante che, quando uno si obbliga non solo a fornire uno spazio in cui la cosa possa riporsi, ma anche a prestare la custodia, si esce dai limiti del deposito e si entra in quelli del mandato.

Il ragionamento è sottile ma lo si può felicemente ribattere. Prima di tutto è da avvertire, che la voce *custodia* è usata nelle fonti in un doppio significato: o nel significato tecnico, di tutelare la cosa contro le influenze esteriori; o nel senso più ristretto di responsabilità estesa, oltre che al dolo e alla colpa anche lieve, eziandio al caso fortuito e alla forza maggiore. Il

testo esclude certamente il secondo di questi concetti, ma nulla contiene che si opponga al primo.

Dobbiamo poi soggiungere, che nella particolare ipotesi contemplata da Ulpiano in questo frammento, se si dà la preferenza all'azione di mandato, ciò dipende da una ragione ben diversa da quella addotta. La ragione è, che qui il deposito non è un contratto per sè stante, sì bene rappresenta un accessorio del mandato: onde è naturale che debba seguire le norme e si debba far valere con l'azione del contratto principale.

Del resto, che l'esclusione dell' obbligo della custodia vada intesa nel senso, che si deve escludere la responsabilità rigorosa del depositario, relativa anche alla colpa, è provato da molti passi, fra gli altri dal § 17 (19) Inst. *de oblig. quae ex delicto nascuntur* 4, 1: « Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat, sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit... » Il depositario non presta la custodia, poichè la sua responsabilità non si estende al di là del dolo. L'antitesi fra *custodia* e *dolus* è una nuova conferma dell'esattezza del nostro assunto.

§ LXXVIII.

Requisito essenziale del deposito è la gratuità. Quando si stabilisce un compenso per gli obblighi assunti dalla persona a cui la cosa viene affidata, il contratto cambia fisonomia, e diventa, a secondo i casi, una locazione di opera, o una locazione di cosa, o una locazione di cosa e di opera insieme. Locazione di opera, quando il depositario impiega la propria attività per la custodia: locazione di cosa, quando concede semplicemente un locale di sua pertinenza perchè la cosa vi sia custodita: locazione di cosa e di opera quando concorrono entrambi questi elementi.

A conferma di ciò scegliamo due fra i più notevoli esempi che offrono le nostre fonti.

Fr. 1 § 8 h. t.:

« Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si qui-

dem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri et dolum dumtaxat praestare debere puto: quod si accepit, ex conducto. »

Un bagnante affida gli abiti all' esercente lo stabilimento balneare. Se non paga una mercede per tale servizio, vi è un deposito; se invece la paga, vi è una locazione: quindi nell' un caso il *balneator* risponde solamente del dolo, nel secondo anche della colpa.

§ 9 eod.:

« Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto: si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse: quod si operae eius servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit, sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur actio: si vero nihil aliud quam cibaria praestabat nec de operis quicquam convenit, depositi actio est. »

Se alcuno abbia per avventura accettato uno schiavo onde custodirlo in un forno, e sia stato convenuto un compenso per tale custodia, sono di avviso che contro il prestinaio competa l'azione *ex conducto*. Se, viceversa, era il padrone dello schiavo quello che percepiva una mercede, potrà esercitare l' *actio ex locato*. Nel caso poi che si fosse pattuito, che il lavoro prestato dallo schiavo dovesse intendersi compensato dal carico della custodia, siamo di fronte a una specie di *locatio-conductio*; ma siccome non vi è retribuzione in danaro, l' azione da sperimentarsi sarà quella *praescriptis verbis*. Finalmente, se il prestinaio non forniva altro che il vitto e non vi è patto speciale circa il lavoro, da un tale rapporto sorge l' *actio depositi*.

Ed ecco come, nei quattro casi contemplati da questo passo, si compendiano in una sintesi lucidissima i principi che devono servir di guida per discernere la varia indole dei rapporti giuridici: *a*) il padrone dello schiavo paga un tanto per farlo custodire: qui si ha una locazione di cosa, in cui egli as-

sume la figura di conduttore; *b*) il proprietario riceve una retribuzione per il lavoro dello schiavo: allora si tratta di una locazione di opera, e il proprietario è il locatore; *c*) il lavoro dello schiavo si compensa con la custodia: vi è in questo caso un contratto simile alla locazione, ma più precisamente un contratto innominato, da farsi valere con l' *actio prescriptis verbis*; *d*) non si rimunera il lavoro, e colui che tiene lo schiavo presso di sè gli fornisce solamente il cibo: qui si ha la vera figura del contratto di deposito.

§ LXXIX.

Nondimeno il principio della gratuità del deposito non è così rigido ed assoluto come potrebbe sembrare a prima vista. In alcuni casi la custodia può essere in certo modo ricompensata, senza che per ciò venga a cessare il deposito.

Vi sono invero alcuni contratti — per esempio il mandato — i quali, benchè per loro natura gratuiti, possono esser soggetti a una lieve retribuzione. Nel mandato, l'elemento della gratuità, che per diritto romano ne è uno degli estremi indispensabili, non vien meno quando intervenga un tenue correspettivo, il così detto *onorario*, che da un canto rappresenta il compenso per le piccole spese eventuali a cui il mandatario va incontro, dall'altro è un segno della sodisfazione provata dal mandante per l' adempiuto incarico. Lo stesso si ammette per il deposito, come si ricava dal fr. 2 § 23 e 24 *vi bonorum raptorum et de turba* 47, 8 (ULPIANUS *libro quinquagensimo sexto ad edictum*):

« Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti mihi actio competit in re clam facta, ex hisdem causis habere me hanc actionem. dicet aliquis: adquin ob rem depositam furti actionem non habemus. sed ideo addidi ' si intersit nostra non ' esse raptam' : nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromissi vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi. »

« Utilius dicendum est et si cesset actio furti ob rem de-

positam, esse tamen vi bonorum raptorum actionem, quia non minima differentia est inter eum qui clam facit et eum qui rapit, cum ille celet suum delictum, hic publicet et crimen etiam publicum admittat. si quis igitur interesse sua vel modice docebit, debet habere vi bonorum raptorum actionem. »

I due passi si riferiscono all'*actio vi bonorum raptorum* — azione relativa alle cose asportate con violenza. Nel primo si afferma, che in generale essa si accorda in base alle stesse cause per cui compete l' azione di furto. Appunto perciò — si dice — non si può far valere dal depositario: difatti, quale interesse potrebbe avere il depositario a proporre l' *actio furti*, dal momento che egli di null' altro risponde se non del dolo e della colpa lata?

Posto questo principio, ne deriva logicamente che, quando per particolari circostanze sia impegnata la responsabilità del depositario di fronte al deponente, ben si dovrà dire che egli ha interesse e quindi facoltà di ricorrere all' *actio furti* e — entro gli stessi limiti — all' *actio vi bonorum raptorum*. Ciò si verifica, quando il furto si è potuto consumare in sèguito alla colpa lata del depositario: o quando questi si è obbligato con patto speciale a prestare anche la colpa lieve: o, infine, quando ha ricevuto un prezzo per il deposito, non però a titolo di compenso — *pretium depositionis non quasi mercedem*. Ora, come si spiega questo deposito, in cui si presta un correspettivo, e che tuttavia non si muta in locazione? evidentemente si vuol alludere all' *onorario*: a quel *pretium* cioè, nel quale si riassumono *per aversionem* tutte le minute spese fatte dal depositario, con l'aggiunta di un tenue attestato della gratitudine del deponente.

Supponiamo che io, dovendo partire per un lungo viaggio, affidi il mio cavallo a un amico che possiede una pensione per simili animali. L'amico non pretende da me il prezzo della locazione che suole percepire da gli altri; io gli pago soltanto le spese di mantenimento, calcolate in media su la durata del contratto. Qui, a malgrado che in apparenza la custodia non si

presti gratuitamente, pure il contratto non perde la figura di deposito.

§ LXXX.

Frequentemente il deposito non figura come un contratto animato da vita propria, ma forma parte necessaria e inscindibile di un altro contratto. Il caso, a cui si ha un accenno nel fr. 1 § 12 h. t. già esaminato (pag. 201), è precisato meglio nel fr. 8 pr. *mandati vel contra* 17, 1 (ULPIANUS *libro trigensimo primo ad edictum*):

« Si procuratorem dedero nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? et Labeo putat mandati eum teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi: uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam. »

Se io abbia costituito un *procurator*, e costui non voglia restituirmi i documenti della lite, con quale azione potrò convenirlo? Labeone risponde, che egli sarà tenuto in base al mandato, e che è poco probabile l'opinione di coloro i quali credono che per tal titolo si possa esercitare anche l'azione di deposito: poichè di ogni contratto fa d'uopo considerare il principio e la causa.

Si tratta dunque di un *procurator ad litem* — ufficio per sè stesso gratuito — il quale, terminato il giudizio o revocata la procura, rifiuta di restituire le carte al cliente. Questi potrà domandarle; ma non bisogna, circa l'indole dell'azione, lasciarsi ingannare dal fatto, che le carte sono depositate presso il procuratore, e che egli le custodisce gratuitamente. Il deposito sussiste, ma è un elemento integrante del contratto di mandato, e come tale dev' essere disciplinato dai medesimi principi che reggono il contratto principale. È quindi con l' *actio mandati* che bisogna agire, perchè — conchiude il giureconsulto — si deve guardare all' inizio e al fondamento del negozio giuridico, non già all' apparenza esteriore.

§ LXXXI.

Il deposito può cadere su cose mobili e su immobili. Le fonti si riferiscono per lo più al deposito di mobili ; ma non mancano i casi di deposito d' immobili, che con vocabolo tecnico è chiamato *sequestro.*

Gli scrittori che fanno consistere il deposito semplicemente nella concessione di uno spazio ove la cosa possa conservarsi (§ LXXVII) sostengono per conseguenza, che in diritto romano la custodia d' immobili dava luogo a un contratto innominato analogo al deposito, ma che non era un vero deposito. Per noi questa opinione non è accettabile, e ne esponemmo a suo luogo le ragioni ; quanto al voler escludere il concetto del deposito d' immobili in diritto romano, ciò non è possibile di fronte alle espressioni usate dai passi in cui si parla dal sequestro.

Il nostro codice civile non conosce alcuna restrizione. Esso distingue il *deposito propriamente detto* dal *sequestro* , e ne tratta separatamente nei capi I e II tit. XVIII lib. III. Il primo è « un contratto..., il quale non può avere per oggetto che cose mobili » (art. 1837); il secondo può essere *convenzionale* o *giudiziario* , e si l' uno che l' altro possono avere per oggetto beni mobili o immobili, come è dichiarato da gli articoli 1873 e 1875.

§ LXXXII.

Il deponente non compie un atto di disposizione: onde non è necessario che egli abbia la proprietà della cosa o un diritto reale su di essa, perchè il deposito possa dirsi legalmente costituito. In conformità di ciò troviamo affermato nei testi, che può validamente dare la cosa in deposito chiunque abbia interesse a che venga custodita, non escluso il ladro.

Fr. 1 § 39 h. t. :

« Si praedo vel fur deposuerint, et hos Marcellus libro sexto

digestorum putat recte depositi acturos: nam interest eorum eo, quod teneantur. »

Se il ladro o il grassatore abbiano depositato una cosa, potranno efficacemente valersi dell'azione di deposito. La ragione di ciò è, che essi hanno interesse: e l'interesse deriva dalla responsabilità che li vincola verso il derubato.

D' altronde, non potrebbe il depositario in questo caso rifiutare la restituzione, opponendo che la cosa appartiene ad altri. Egli non avrebbe veste legale per esercitare il diritto di un terzo.

La questione si complica, quando entra in iscena anche il derubato. Allora possono presentarsi svariati casi, di cui si ha la soluzione nel fr. 31 § 1 h. t. TRYPHONINUS *libro nono disputationum*):

« Incurrit hic et alia inspectio. bonam fidem inter eos tantum, quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet? exempli loco latro spolia quae mihi abstulit posuit apud Seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi restituere Seius debeat? si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt, quo facto scelestissimo adempta sunt. et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione. quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilo minus ei restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit. quod et Marcellus in praedone et fure scribit. si tamen ignorans latro cuius filio vel servo rem abstulisset apud patrem dominumve eius deposuit ignorantem, nec ex iure gentium consistet depositum, cuius haec est potestas, ut alii, non domino sua ipsius res quasi aliena, servanda detur. et si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, apud me etiamnunc delictum eius ignorantem deposuerit, recte dicetur non contrahi depositum, quia non est ex fide bona rem suam dominum praedoni restituere compelli. sed et si etiamnunc ab igno-

rante domino tradita sit quasi ex causa depositi, tamen indebiti dati condictio competet. »

Il giureconsulto si propone il quesito, se i principi della buona fede devano seguirsi come criterio direttivo soltanto relativamente alle persone dei contraenti, o pure se possano estendersi anche ad altre persone, estranee sì, ma che hanno un qualche interesse nel negozio giuridico. E chiarisce la questione con un esempio pratico. Supponiamo — dice — che un ladro abbia depositato le vesti rubatemi presso Seio, inconsapevole del dolo del deponente: a chi dovrà egli restituirle, al ladro o a me che ne sono il proprietario?

Qui, se si tiene conto solo del rapporto che passa fra chi ha dato la cosa e chi l'ha ricevuta, la buona fede non mena ad altro risultato se non a questo, che le vesti devono essere restituite a colui il quale le ha date. Se invece si ha riguardo alla equità della cosa nel suo complesso, che vien costituito da tutte le persone interessate nel negozio giuridico, si deve rispondere, che a me dev'essere restituito ciò che mi è stato portato via con un fatto scelleratissimo. Invero il principio *suum cuique tribuere* — che, come si sa, è uno dei *tria praecepta iuris* — deve applicarsi nel senso, che la cosa non venga tolta a colui, di fronte al quale non esiste un diritto poziore di ripetizione.

Che se io non mi faccio avanti a rivendicare le vesti, il depositario dovrà restituirle al deponente, quantunque questi le abbia male acquistate: come scrive anche Marcello riguardo al predone e al ladro. Si rientra dunque nella ipotesi del fr. 1 § 39. Una difficoltà può farsi, ed è, che non si comprende come al ladro si accordi l'*actio depositi*, mentre è principio riconosciuto, che nessuno può esercitare un'azione in base a un fatto delittuoso da lui commesso — *nemo de improbitate sua consequitur actionem* —: e quindi un ladro, se un altro ladro gli rubi la cosa, non può nemmeno valersi dell'*actio furti* per ricuperarla. Tuttavia l'azione si concede in vista dell' interesse che ha il ladro, e perchè d'altra parte gli si deve ben dare un

mezzo onde possa mettersi in grado di restituire ciò che ha rubato.

Il passo termina esponendo altri due casi di deposito di cosa furtiva, che si riconducono sotto il medesimo concetto.

Primo caso : rubata una cosa a un figlio di famiglia o ad uno schiavo, il ladro la dà in custodia al padre o al padrone, ignari del furto. Non vi è deposito, neppure per diritto delle genti, perchè non si concepisce un deposito di cosa propria.

Secondo caso : mi si dà in deposito una cosa mia, che mi è stata rubata, prima che io mi sia accorto del furto. Nemmeno vi è deposito, perchè sarebbe contrario alla buona fede costringere il proprietario a restituire la cosa al ladro. E per conseguenza, se io, continuando ad ignorare il furto, abbia eseguito la restituzione della cosa a causa del deposito, potrò ridomandarla con la *condictio indebiti dati.*

§ LXXXIII.

Il depositario, come il comodatario, acquista la sola detenzione materiale, non il possesso giuridico, della cosa. Egli la possiede non per sè, ma per colui che glie l'ha affidata: quindi non può proporre gl'interdetti e non gode di alcuno dei vantaggi che spettano al possessore.

Questo principio, con alcune fra le importanti conseguenze pratiche che vi si riannodano, si trova esposto nel fr. 3 § 20 *de adquir. vel amitt. possess.* 41, 2 (PAULUS *libro quinquagensimo quarto ad edictum*):

« Sed si is, qui apud me deposuit vel commodavit, eam rem vendiderit mihi vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem. »

Il deponente o il comodante vende o dona la cosa depositata o comodata allo stesso depositario o comodatario. Allora, non si può dire che si muti il titolo del possesso nelle mani di costoro, per la semplice considerazione, che il possesso non era presso di loro.

Diversamente avveniva — come si è detto (§ LXXI) — nel

precario, e di ciò si possono assegnare due ragioni, storica l'una, dommatica l'altra. La ragione storica è, che, qualunque voglia ritenersi delle ipotesi su l'origine della concessione a precario, era una necessità l'evitare che il concedente fosse ogni momento costretto a intervenire per difendere il possesso del precariista contro le turbative dei terzi. Dal lato dommatico poi si può dire, che il depositario e il comodatario si trovano in un rapporto personale di fronte al deponente e al comodante; mentre il precariista non è legato da alcun vincolo di obbligazione, si bene è posto in rapporto diretto con la cosa.

§ LXXXIV.

Dal deposito nascono due serie di obbligazioni, del depositario e del deponente: e quindi vi sono a tutela di esse due azioni, l'*actio depositi directa* e l'*actio depositi contraria*.

Quanto al diverso fondamento delle due azioni, è lo stesso che negli altri contratti di buona fede: onde ci riportiamo ai principi esposti a proposito delle *actiones ex commodato* (§ LII).

La caratteristica comune ad entrambe le azioni è, che non è possibile determinarne *a priori* con esattezza i limiti. Trattandosi di un contratto di buona fede, si possono bensi indicare quali sono sostanzialmente gli obblighi delle parti, ma non stabilire un certo numero di norme fisse ed immutabili da applicarsi sempre. Tutto dipende dalle circostanze del caso concreto, che spetterà al giudice di apprezzare *secundum aequum et bonum*.

§ LXXXV.

Actio depositi directa. Tende all'adempimento degli obblighi che incombono al depositario. Tali obblighi sono principalmente due: custodire la cosa e restituirla.

La custodia è elemento essenziale del deposito, si è visto anzi che ne è la causa (§ LXXVII). Nel deposito peraltro l'ob-

bligo della custodia non è così esteso e così rigoroso come nel comodato: infatti consiste semplicemente nella sorveglianza della cosa da parte del depositario, perchè non gli sia tolta e perchè non vi succedano guasti.

Questa determinazione del concetto risulta da molti testi, fra i quali esaminammo il fr. 1 § 12 h. t. (pag. 201). Una più chiara conferma se ne ha in un passo relativo a un istituto del diritto successorio: il fr. 5 § 22 *ut in possess. legat. vel fideicomm. etc.* 36, 4 (Ulpianus *libro quinquagensimo secundo ad edictum*):

« Qui legatorum servandorum causa in possessionem mittitur, et fructus custodire et cetera debebit... et puto ita legatarium custodire res hereditarias debere, ut neque heredi auferantur neque depereant deterioresve fiant. »

Per l'intelligenza del testo convien ricordare, che cosa fosse in diritto romano la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*. Quando si lasciava una cosa in legato a termine o sotto condizione, poteva il gratificato, prima che il termine fosse spirato o si fosse verificata la condizione, domandare ed ottenere, sia nell' interesse proprio che in quello dell' erede, di venir immesso nel possesso della cosa legatagli. In questo caso egli era considerato come un depositario di fronte all'erede: e in tale sua qualità — scrive Ulpiano — è tenuto a custodire le cose ereditarie in modo, che non siano tolte all'erede, nè periscano o si rendano deteriori.

§ LXXXVI.

La custodia dev' essere prestata dal depositario personalmente, a meno che non sia stato stabilito in modo espresso o tacito, che potrà prestarla per mezzo di altre persone. Non mancano anzi gli scrittori i quali sostengono, che non occorre l'autorizzazione del deponente perchè il depositario possa affidare ad altri la custodia. Essi fondano tale opinione sul fr. 16 h. t. (Africanus *libro septimo quaestionum*):

« Si is, apud quem rem deposueris, apud alium eam depo-

nat et ille dolo quid admiserit, ob dolum eius, apud quem postea sit depositum, eatenus eum teneri apud quem tu deposueris, ut actiones suas tibi praestet. »

Se colui, al quale tu hai affidato una cosa in deposito, l'abbia depositata a sua volta presso un altro, e questi abbia commesso alcunchè di dolo: egli sarà tenuto, per il dolo del secondo depositario, soltanto a cederti le sue azioni.

Il caso è chiarissimo. Primus deposita una cosa presso Secundus, il quale, invece di accudire personalmente alla custodia di essa, ne incarica Tertius. Si verificano dei danni nella cosa mentre si trova presso Tertius, danni cagionati da dolo di costui. Chi ne dovrà rispondere di fronte a Primus? Secundus, evidentemente: e questa è difatti l'opinione comune. Invece gli scrittori a cui accennavamo asseriscono, che Secundus non è affatto responsabile, non essendovi dolo nè colpa lata da parte sua; ma che d'altra parte, siccome egli ha l'azione diretta contro Tertius per il fatto doloso, dovrà cedere a Primus tale azione. Ciò dimostra — secondo il loro ragionamento — che il depositario non è obbligato alla custodia diretta della cosa.

Siffatta tesi è erronea, e urta contro i principi più elementari della logica giuridica. Non è ammessibile che il depositario possa, senza incorrere in alcuna responsabilità, incaricare altri di ciò che il deponente volle addossare a lui. Il deposito è fondato principalmente su la fiducia personale: io ti do a custodire la cosa mia perchè so che sei un galantuomo, non la darei certamente a uno che non conosco. Per lo meno il depositario dovrà rispondere della *culpa in eligendo*, della colpa cioè commessa per non aver saputo scegliere il nuovo depositario. Quanto alla difficoltà derivante dal testo citato, si supera facilmente. Si tratta senza dubbio di uno di quei casi particolari, in cui il deponente ha consentito a che la custodia venga esercitata anche da altre persone.

Il patto — dicevamo — può essere anche tacito, ossia risultare dalle speciali circostanze del caso concreto. Sotto questo concetto non si devono però far rientrare i depositi fatti

presso persone le quali, esercitando abitualmente la professione di depositari o altra per cui siano obbligati a ricevere ogni giorno roba in deposito, abbiano alla loro dipendenza un personale adibito al servizio della custodia. Allora i rapporti che si formano fra colui che dà a custodire la cosa e colui che la riceve, e fra questi e i suoi salariati, sono rapporti di locazione, perchè sì l'uno che gli altri percepiscono un compenso: e quindi il depositario risponde non solo della colpa propria ma anche di quella del personale dipendente, e, in caso di danni sopravvenuti alla cosa, non può liberarsi se non dimostrando, che furono prodotti da caso fortuito o da forza maggiore. Così avviene oggi per il deposito presso i Magazzini Generali, che è una locazione di cosa e di opera: di cosa, perchè si cede uno spazio onde riporvi le merci: di opera, perchè si presta e si garantisce l'opera del personale addetto alla custodia. Così anche è stabilita la responsabilità degli osti e degli albergatori per i danni o per il furto arrecati a gli effetti del viandante (cfr. Dig. *nautae caupones stabularii ut recepta restituant* 8,9): nel nostro diritto tale deposito è reputato *necessario*, e gli osti e gli arbergatori sono obbligati sia per il dolo e per la colpa propria, sia quando il furto o il danno siano stati commessi dai domestici o dalle persone preposte alla direzione degli alberghi, o da estranei che li frequentano (cod. civ. art. 1866-1868). E lo stesso principio vige nel contratto di trasporto per le cose affidate al vettore (cod. comm. art. 398).

§ LXXXVII.

Inteso con queste limitazioni l'obbligo della custodia, ne consegue naturalmente, che il depositario è tenuto soltanto per il dolo e per la colpa lata. Poichè egli non deve far altro che vegliare a ciò che la cosa non sia trafugata o danneggiata, la sua responsabilità non può estendersi oltre i fatti fraudolenti e la negligenza supina. Nel diritto moderno tale responsabilità è alquanto più larga: essa comprende eziandio la colpa lieve in concreto, quella colpa cioè che proviene dall'aver trascu-

rato la diligenza solita a usarsi dal depositario nelle cose proprie (cod. civ. art. 1843).

La regola generale, con un raffronto alla locazione del lavoro di uno schiavo e a quel contratto innominato, in cui il lavoro dello schiavo si compensa con la custodia (pag. 203), è dichiarata nel fr. 1 § 10 h. t.:

« In conducto et locato et in negotio, ex quo diximus praescriptis verbis dandam actionem, et dolum et culpam praestabunt qui servum receperunt: at si cibaria tantum, dolum dumtaxat. sequemur tamen, ut Pomponius ait, et quid habuerunt proscriptum aut quid convenerit, dummodo sciamus et si quid fuit proscriptum, dolum tamen eos praestaturos qui receperunt, qui solus in depositum venit. »

Nella *locatio-conductio* e in quel contratto, dal quale vedemmo che nasce l'azione *praescriptis verbis*, quelli che ricevettero in custodia il servo dovranno prestare il dolo e la colpa; ma se forniscono solamente il vitto, non presteranno altro che il dolo. Tuttavia è d' uopo attenersi, giusta la sentenza di Pomponio, a ciò che sia stato scritto o convenuto: con l' avvertenza, che non è in potere delle parti dispensare, sia con una convenzione che con un patto, il ricevente dal prestare il dolo. *Il dolo del resto è l'unica cosa di cui si risponde nel deposito.*

Come nei contratti accennati dal testo, così anche nel deposito è lecito ai contraenti fissare una misura più rigorosa di responsabilità, estendendola alla colpa lieve in concreto e magari a quella in astratto. Lo dice lo stesso Ulpiano nel § 6 h. fragm.:

« Si convenit, ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio: contractus enim legem ex conventione accipiunt. » Se nel deposito fu stabilito, che dovesse prestarsi anche la colpa, il patto è valido: imperocchè i contratti ricevono legge dalla convenzione.

L'aumento di responsabilità si verifica, anche senza patto, nel caso che il depositario si sia offerto volontariamente a tenere in deposito la cosa: § 35 eod. fragm.:

« Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: ut puta si hoc nominatim convenit. sed et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos. »

Il passo nella prima parte conferma la regola, che si può con un patto speciale imporre la responsabilità per la colpa lieve al depositario: soggiunge anzi, che gli si può perfino addossare il rischio (*periculum*). Poi continua: se alcuno si sia profferto a ricevere la cosa in deposito, con ciò si assume il rischio del contratto, in questo senso, che deve prestare non solo — come nei casi ordinari — il dolo, ma ancora la colpa [lieve] e la custodia, non però il caso fortuito.

L'eccezione si giustifica facilmente, ove si rifletta alla ragione per cui si limita la responsabilità del depositario al dolo e alla colpa lata. Il deponente — si suol dire — non può esigere più della colpa lata, da una parte perchè il depositario non ha alcun interesse alla custodia, dall' altra perchè egli stesso è in colpa, avendo scelto una persona poco diligente. Ora, quando è il depositario stesso che si è offerto a custodire la cosa, si presume che egli abbia di mira un qualche interesse; dippiù, manca affatto la colpa del deponente, poichè la scelta non è stata spontanea. Ciò basta ad allargare i confini della responsabilità.

Infine, si presta anche la colpa lieve quando il depositario percepisca un *onorarium* (cfr. § LXXIX).

§ LXXXVIII.

Un caso di deposito che ha per iscopo l'esclusivo interesse del depositario è quello descritto nel fr. 4 pr. *de rebus creditis etc.* 12, 1 (ULPIANUS *libro trigensimo quarto ad Sabinum*):

« Si quis nec causam nec propositum faenerandi habuerit et tu empturus praedia desideraveris mutuam pecuniam nec volueris creditae nomine antequam emisses suscipere atque ita

creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut, si emisses, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo est eius qui suscepit. nam et qui rem vendendam acceperit, ut pretio uteretur, periculo suo rem habebit. »

Tizio non ha nessuna intenzione e nessun motivo di dare danaro a mutuo. Tu, volendo comprare un fondo, hai bisogno di una certa somma di danaro, ma non vuoi chiederla in prestito a Tizio prima che il contratto di vendita sia conchiuso. Intanto Tizio è costretto da affari urgenti ad allontanarsi: quindi lascia in deposito presso di te la somma che ti occorre, con questa intesa, che, se comprerai il fondo, la riterrai a titolo di mutuo. In un deposito simile è chiaro che il rischio ricade su l'*accipiens*, poichè si ha una figura giuridica analoga al deposito di una cosa fatto affinchè il ricevente la venda e ritenga il ricavato a mutuo (§ XII, pag. 81-83).

§ LXXXIX.

Il depositario è, come il comodatario (§ LVI), tenuto per il *furtum usus*. Nel caso che egli abbia invertito in proprio uso la cosa, e che per tale uso essa sia perita o abbia subito danni, la misura della responsabilità diventa rigorosissima: difatti essa abbraccia, oltre la *culpa levis in abstracto*, anche il caso fortuito e la forza maggiore. Egli può esimersene soltanto, giusta la norma generale del diritto delle obbligazioni, dimostrando, che il perimento o la deteriorazione sarebbero egualmente avvenuti, se la cosa non fosse stata adibita a quell'uso.

§ XC.

Veniamo all'obbligo della restituzione, caratteristica di tutti i contratti reali. Il depositario non può tenere la cosa indefinitamente presso di sè: egli deve restituirla, quando ne venga richiesto dal deponente.

La cosa dev' essere restituita intera non solo, ma munita di tutti i suoi accessori. Nè fa ostacolo a questo principio il fr. 1 § 5 h. t.:

« Quae depositis rebus accedunt, non sunt deposita, ut puta si homo vestitus deponatur, vestis enim non est deposita: nec si equus cum capistro, nam solus equus depositus est. » Qui pare si affermi, che gli accessori della cosa depositata non fanno parte del deposito: quindi, dato in deposito uno schiavo o un cavallo, non s'intendono depositati anche l'abito o la briglia. Ma il passo senza dubbio va spiegato nel senso, che non vi è un'azione speciale per domandare la restituzione degli accessori, sì bene questi sono dovuti in base alla stessa azione del deposito.

Fra gli accessori sono da annoverarsi anche i frutti, intorno ai quali esaminammo una decisione di Paolo relativa al deposito e al comodato (fr. 38 § 10 *de usuris et fructibus etc.*, pag. 177).

La cosa poi al momento della restituzione non deve presentare guasti prodottile da dolo o da colpa lata del depositario. Trovandosi in siffatte condizioni, s' intende che l'obbligo della restituzione non sia adempiuto, e il deponente potrà chiedere il risarcimento del danno con l' azione diretta. Così Ulpiano nel § 16 eod. fragm.:

« Si res deposita deterior reddatur, quasi non reddita agi depositi potest: cum enim deterior redditur, potest dici dolo malo redditam non esse. »

§ XCI.

Ci resta a far cenno del *tempo* e del *luogo* della restituzione.

Tempo della restituzione. Il deponente avrà diritto di riavere la cosa a semplice richiesta, o dovrà osservare il termine stabilito?

In generale il termine si appone al negozio giuridico nell' interesse del debitore, e non può quindi il creditore doman-

dare l'adempimento dell'obbligo prima che il termine sia scaduto. In certi casi però la norma contraria viene imposta dall'indole stessa del rapporto giuridico e dalla chiara intenzione che le parti hanno avuto nel conchiuderlo. Uno di questi casi è appunto il deposito: poichè il deponente ha tutto l'interesse per ricuperare la cosa, mentre dall'altro canto il depositario non ne ha nessuno per ritenerla. Il deponente dunque esercita un proprio diritto indiscùtibile richiedendo la cosa in qualunque momento gli piaccia: ciò facendo egli giova a sè stesso senza nuocere ad alcuno.

Una conferma di questa ampia libertà di cui gode il deponente nello scegliere il tempo opportuno per la restituzione si ricava dalle due ipotesi opposte, enunciate l'una nel § 45 e l'altra nel § 46 dello stesso frammento 1 *depositi*.

§ 45: « Si deposuero apud te, ut post mortem tuam reddas, et tecum et cum herede tuo possum depositi agere: possum enim mutare voluntatem et ante mortem tuam depositum repetere. » § 46: « Proinde et si sic deposuero, ut post mortem meam reddatur, potero et ego et heres meus agere depositi, ego mutata voluntate. »

Nel caso che io abbia depositato un oggetto presso di te, col patto che mi sarà restituito dopo la tua morte dal tuo erede, potrò nondimeno esercitare contro di te l'*actio depositi:* perchè posso benissimo cambiare intenzione e ripetere l'oggetto depositato prima che tu muoia. E lo stesso dicasi nel caso inverso: infatti, se è fissato il tempo della mia morte come termine del deposito, non solo il mio erede potrà domandare la restituzione, ma io stesso, in sèguito a un mutamento di volontà.

S'intende, che il termine dev'essere osservato, quando così le parti abbiano espressamente convenuto. Può presentarsi inoltre qualche caso speciale, in cui il depositario ha diritto di rifiutare la restituzione immediata, quando l'abbreviazione del termine venga a ledere in qualche modo i suoi interessi. Riprendiamo l'esempio dell'amico che mi tiene il cavallo in custodia dietro rifusa delle sole spese di mantenimento (pag. 205). Supponiamo, che io gli abbia detto, che la mia assenza du-

rerà un anno, e che in base a questo termine egli abbia fatto un calcolo di media della somma necessaria mensilmente per le spese. Ora, se dopo sei mesi io ritorno e domando il cavallo, a ragione mi sentirò rispondere, che, se invece di un anno il deposito fosse dovuto durare sei mesi, il calcolo sarebbe stato fatto con altri criteri: e quindi potrà il giudice autorizzare il depositario a trattenere presso di sè il cavallo, fin che non abbia ricevuto un congruo indennizzo.

§ XCII.

Luogo della restituzione. Se ne occupa distesamente Pomponio nel fr. 12 pr. e § 1 eod. tit. (POMPONIUS *libro vicensimo secundo ad Sabinum*):

« Si in Asia depositum fuerit, ut Romae reddatur, videtur id actum, ut non inpensa eius id fiat apud quem depositum sit, sed eius qui deposuit. »

« Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo eius est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est, nihil interest. eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bonae fidei iudiciis. sed dicendum est, si velit actor suis inpensis suoque periculo perferri rem Romam, ut audiendus sit, quoniam et in ad exhibendum actione id servatur. »

Depositata una cosa in Asia con l'obbligo di eseguire la restituzione a Roma, questo patto non deve intendersi nel senso, che le spese di trasporto siano a carico del depositario: e ciò perchè per principio generale la cosa ricevuta in deposito deve esser restituita nel luogo dove si trova senza dolo da parte del depositario; quale sia poi questo luogo, è indifferente. Invero tale norma non impera soltanto nel deposito, bensì è comune a tutti i giudizi di buona fede. Però, se l'attore voglia a proprie spese e a rischio proprio trasportare la cosa a Roma, bisogna sodisfare il suo desiderio, come è ammesso anche nell'azione *ad exhibendum*.

§ XCIII.

L'*actio depositi directa* ha questo di caratteristico, che la condanna è infamante. Il rapporto ha origine dalla fiducia riposta dal deponente nel depositario: chi tradisce tale fiducia è designato al disprezzo della comunione.

Trattandosi di deposito necessario, detto nelle fonti *depositum miserabile*, vale a dire di un deposito determinato da circostanze che non lasciano al deponente libera la scelta del depositario — per esempio in caso di tumulto, incendio, rovina, naufragio o altra pubblica calamità — alla pena morale si aggiunge una pena economica. In tali casi difatti l'azione importa la condanna al pagamento del *duplum* (Ulpiano, fr. 1 § 1-4 h. t.).

§ XCIV.

Fra le varie eccezioni con cui si può rintuzzare l'azione diretta, tiene il primo posto quella che tende a dimostrare, che il depositario ha la proprietà delle cose affidategli. Vedemmo, nell'esaminare il fr. 15 h. t. (pag. 156), come Giuliano dichiari la nullità del comodato e del deposito di cosa propria. Tuttavia per il deposito la cosa non è così liscia: perchè in una costituzione di Giustiniano troviamo chiaramente affermato, che a colui il quale agisce in base all'azione di deposito non si può opporre la compensazione nè l'eccezione di dolo nè alcun altro diritto, di qualsivoglia natura, personale o reale o ipotecario. È la c. 11 pr. *depositi* 4, 34 (*Imp. Iustinianus A. Demostheni pp.*):

« Si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis accepit titulum, eas volenti ei qui deposuerit reddere ilico modis omnibus compellatur nullamque compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat, quasi et ipse quasdam contra eum qui deposuit actiones personales vel in rem vel hypothecarias praetendens, cum non sub hoc modo depositum ac-

cepit, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus qui ex bona fide oritur ad perfidiam retrahatur. »

Vi è dunque una contradizione in termini fra il fr. 15 e questa costituzione. L' uno proclama l'assoluta impossibilità, che sussista un deposito di cosa propria; l'altra nega al depositario il diritto di contrastare l' azione del deponente con una eccezione *in rem*: e fra tali eccezioni certo va compresa quella di proprietà. Come conciliare le due affermazioni?

Gli scrittori sono divisi. Alcuni dànno la preferenza alla decisione di Giustiniano, salvo che l'eccezione non apparisca fin dal primo momento evidente e incontrastabile. Altri—e, secondo me, con più ragione—sostengono, che nel caso del fr. 15 non si tratta già di sperimentare un' azione reale, si bene di far dichiarare l' insussistenza del contratto di deposito, per mancanza di uno dei requisiti essenziali ad esso inerenti. L' eccezione pertanto dev' essere ammessa, allorchè il depositario si proponga di dimostrare, che al tempo della consegna a titolo di deposito egli aveva la proprietà della cosa, o pure che la proprietà gli fu trasferita posteriormente, mediante un nuovo contratto.

L'eccezione di compensazione è esclusa, come risulta dalla c. 11 esaminata. Ma, lasciando da parte la compensazione, si può fare la questione, e la si fa specialmente nel diritto moderno, se il depositario, quando risulti creditore del deponente, possa domandare un sequestro presso sè stesso delle cose depositate, fino alla sodisfazione del suo credito. Considerata astrattamente, la cosa non presenta alcun ostacolo: poichè è principio assodato, che il creditore può garantire le sue ragioni su qualunque particella del patrimonio del suo debitore, salvo le eccezioni prevedute dalla legge. Quanto all'esaminare a fondo, se un sequestro di tal genere sia compatibile col sistema processuale vigente, ciò esorbita dai limiti del nostro corso.

§ XCV.

Actio depositi contraria. Come negli altri contratti reali di buona fede, così nel deposito l'azione contraria tende a realizzare contro il *dans* quei diritti che sorgono eventualmente a favore dell'*accipiens* in ordine ai danni subìti e alle spese fatte ad occasione della cosa, e che l'*accipiens* potrebbe far valere, se chiamato in giudizio, in linea di eccezione.

Per *danni* qui s'intendono quelli che sono stati prodotti da colpa che il deponente abbia commesso. L'argomento è trattato con la maggiore ampiezza e precisione dal giureconsulto Africano in un testo che ha importanza fondamentale nella teoria della responsabilità del deponente: il fr. 62 (61) § 5 *de furtis* 47, 2 (AFRICANUS *libro octavo quaestionum*):

« Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait, num aeque dicendum sit omni modo damnum praestari debere, et quidem hoc amplius quam in superioribus causis servandum, ut, etiamsi ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilo minus tamen damnum decidere cogatur. iustissime enim procuratorem allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset: idque evidentius in causa depositi apparere. nam licet alioquin aequum videatur non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse, et sicut in superioribus contractibus, venditione locatione pignore, dolum eius, qui sciens reticuerit, puniendum esse dictum sit, ita in his culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere. nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter eius qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret. »

Per quanto si attiene all' azione di mandato, [Giuliano] scrive di essere in dubbio, se possa egualmente affermarsi, che

si deve rispondere del danno, in qualunque modo avvenuto. Qui certo questa norma è da osservarsi con larghezza anche maggiore che nei casi superiormente esposti: in modo tale che se, per esempio, alcuno abbia dato incarico di comprare un determinato schiavo, e questi sia ladro, potrà il mandante essere costretto a risarcire il danno, quand' anche abbia ignorato questa circostanza: molto giustamente invero il mandatario potrà dire, che egli non avrebbe sofferto il danno se non avesse accettato il mandato. Lo stesso va detto, e con maggior ragione, riguardo al deposito.

Segue nel testo la spiegazione logica della decisione. Difatti — si dice — quantunque in generale si ritenga giusto, che nessuno debba a causa di uno schiavo sopportare un danno superiore al valore dello schiavo stesso; nulla di meno è da ritenersi assai più giusto, che a nessuno debba riescir dannoso l'adempimento del proprio dovere: di quel dovere che egli ha assunto per rendere un favore a colui col quale ha contrattato, non già anche nel proprio interesse. Per conseguenza, come nei contratti dianzi accennati — la vendita la locazione il pegno — si è visto che bisogna punire il dolo di chi, sapendo, abbia taciuto: così in questi altri la colpa di quelli, a cui vantaggio il contratto è stato conchiuso, deve tornare a detrimento di loro stessi anzichè dell'altro contraente. Ora, nei casi enunciati bisogna dire senza dubbio, che il mandante è in colpa per aver dato incarico di comprare uno schiavo ladro: e similmente che è in colpa il deponente, per non aver usato la diligenza di avvertire il depositario, che razza di schiavo fosse quello che si depositava.

Il passo espone e giustifica razionalmente il principio, già accennato a proposito dell'*actio contraria* del comodato (pag. 180), che in quei contratti che hanno a base l' interesse reciproco si risponde soltanto del dolo e della colpa lata, mentre in quelli che profittano a una sola delle parti, questa è tenuta altresì per la colpa lieve. E poichè il mandato e il deposito d'ordinario hanno luogo nell' esclusivo interesse del man-

dante e del deponente, costoro saranno responsabili anche per la colpa lieve.

Ma non è qui tutto. Forse bisogna andare più in là, e dire che la responsabilità si verifica, in questi casi, anche quando manchi affatto la colpa. L'affermare, come si afferma, che la colpa lieve è il limite minimo al di là del quale non si è obbligati per i danni, è probabilmente null'altro che una formola coniata per non giungere addirittura ad ammettere il concetto di una responsabilità indipendente da colpa. Questo concetto, che ripugna in modo assoluto ai principi del diritto romano, oggi si è fatto strada, da prima fra gli economisti, indi ha trovato favore presso i migliori civilisti: citiamo per tutti l'illustre UNGER, il quale sostiene appunto la responsabilità del deponente e del mandante anche senza colpa, e crede che qui si sia di fronte a due di quei tanti casi in cui si agisce sotto la responsabilità di altri.

Non è qui il luogo di addentrarsi nelle discussioni che fervono vivissime su l'argomento. Dirò soltanto, che non so vedere una ragione decisiva per cui debba respingersi il concetto di una simile figura di responsabilità. Imaginiamo, per non scostarci dalla ipotesi di Africano, che il mandante o il deponente prima di dare l'incarico o di eseguire il deposito abbiano fatto le indagini più accurate intorno alle qualità dello schiavo, e che con tutto ciò non siano riusciti a sapere, che quello schiavo è ladro. Dippiù: fra i casi possibili vi è anche questo: che lo schiavo, il quale quando fu comprato o preso in custodia era un galantuomo, in sèguito muti principi, si persuada, che è meglio profittare dell'occasione, e rubi. E allora, fra il mandatario o il depositario che non ritraggono alcun utile dal contratto, e il mandante o il deponente che sono i soli a giovarsene, non è più equo che questi ultimi sopportino il danno del furto, benchè non vi abbiano dato causa?

Ai nostri giorni si sostiene con grande energia, che il principio di una responsabilità senza colpa deve applicarsi sopra tutto al contratto di lavoro. Si vuole, che gl'infortuni del lavoro devano esser sopportati dall'operaio solo in caso di colpa da parte

sua; e che tale colpa non debba mai presumersi, bensì debba esser provata dall'industriale, il quale pertanto dovrebbe considerare l'infortunio come un rischio professionale.

Dal punto di vista puramente giuridico, di fronte al sistema del nostro codice, l'assunto è difficilmente sostenibile. Il contratto di lavoro è una locazione di opera: l'operaio non si presta gratis, come fanno il mandatario e il depositario, ma riceve una mercede. Il contratto giova a lui come giova al padrone: onde non vi è alcun motivo che valga a giustificare l'onere del pericolo addossato al committente. Ma d'altra parte, astraendo dalla formola giuridica e inspirandosi alla realtà dei bisogni sociali, vi sono tali gravi considerazioni di carattere pratico, che avvalorano completamente la citata opinione.

§ XCVI.

Quanto alle spese fatte dal depositario ad occasione della cosa, osserviamo che il deponente è tenuto a rimborsarle tutte, di qualunque natura esse siano, mentre il comodante è tenuto solo per le spese ordinarie (§ LXIII). La differenza si spiega, perchè il deposito giova solo al deponente, viceversa il comodato per lo più giova al solo comodatario.

§ XCVII.

Fin ora discorrendo del deposito abbiamo tenuto di mira il tipo più frequente di questo contratto, quello a cui nel linguaggio giuridico ordinario si suol dare abitualmente il nome di *deposito*. Siffatto tipo non di rado subisce delle modifiche in alcuno dei suoi caratteri non sostanziali: e da ciò si generano certe particolari figure contrattuali, che rimangono tuttavia nell'orbita del deposito, e mantengono la stessa denominazione.

La prima e la più importante di tali figure è quella del deposito di cose fungibili, detto propriamente con frase moderna *deposito irregolare*. Di esso avemmo già occasione di occuparci per fissare le note distintive che lo separano dal

mutuo (pag. 94 e seg.): qui ci conviene esaminare da vicino la disputatissima questione, se nelle fonti romane il deposito irregolare fosse considerato come un mutuo o come un vero deposito.

Che il concetto del deposito di cose fungibili sia stato ammesso nel diritto romano fin dai primordi della formazione della scienza, ce lo attesta un passo di un giureconsulto dell' epoca repubblicana, Alfeno. È il fr. 31 *locati conducti* 19, 2 (ALFENUS *libro quinto digestorum a Paulo epitomatorum*):

« In navem Saufeii cum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione. respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset nisi tantundem pecuniae solveret. secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum. quod si separatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare. et ideo se improbare actiones oneris aversi: quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset: sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat debere (nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi) neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam a-

licui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum. »

Un capitano dedito al trasporto marittimo di merci, un tal Saufeio, carica nella sua nave, alla rinfusa, diverse quantità di grano appartenenti a varie persone: trenta ettolitri - supponiamo - di Primus, cinquanta di Secundus, cento di Tertius. Avanti che la nave parta, o durante il viaggio in un porto di sosta, Primus vuol recedere dal contratto e domanda i suoi trenta ettolitri a Saufeio, che glie li restituisce prendendoli dal mucchio comune. Intanto durante la rotta la nave perisce. Si domanda: potranno Secundus e Tertius agire contro il capitano con l'*actio oneris aversi* (azione di carico stornato)?

Il quesito va risoluto per via di una distinzione. Invero il contratto di locazione può assumere due forme: normale l'una, irregolare l'altra (cfr. pag. 95). Nella locazione normale si ha l'obbligo di restituire l' *idem corpus*, l'identica cosa ricevuta: come accade, per esempio, quando si dà a lavare la biancheria alla lavandaia. Viceversa nella locazione irregolare si devono restituire *res eiusdem generis*, cose dello stesso genere: così quando do una massa di argento o di oro grezzo ad un orefice perchè me ne fabbrichi coppe o anelli, o do una quantità di oro ad una zecca perchè me ne conii monete. Conseguentemente, in base all' una la cosa rimane di proprietà di colui al quale apparteneva; mentre in virtù dell'altra questi ne diventa creditore. E quindi, negli esempi citati, poco deve importarmi che per fabbricarmi le coppe o gli anelli o le monete s'impieghino argento od oro diversi da quelli che io ho consegnato: purchè sia argento della stessa lega ed oro dello stesso titolo — *eiusdem generis.*

Gli stessi principi, soggiunge il giureconsulto, — ed è questa la parte del frammento che più c'interessa — si applicano in tema di deposito. Difatti, se io volendo depositare del danaro lo consegno senza chiuderlo nè contrassegnarlo, ma contandolo semplicemente, il depositario non sarà obbligato ad altro se non a pagarmi altrettanto danaro. Ed ecco affermata qui, con una nitidezza e con una precisione senza pari, e che

non lasciano adito a discussioni, l'esistenza del deposito irregolare ai tempi della repubblica.

Con la scorta di queste regole - si conchiude - riesce facile orientarsi e decidere che, secondo i termini della questione proposta, il grano è diventato proprietà di Saufeio, onde costui aveva tutto il diritto di restituire a Primus la sua porzione. Che se invece il grano di ciascuno dei tre caricatori fosse stato stivato separatamente mediante tavole o sacchi o altri recipienti, in modo tale da potersi discernere, quale fosse il grano di uno e quale quello dell'altro: in tal caso il capitano non doveva farsi lecito di pagare Primus con ciò che apparteneva a Secundus o a Tertius: epperò quegli fra costoro, che era proprietario del grano restituito, potrà revindicarlo. In nessuna delle due ipotesi peraltro vi è luogo all' *actio oneris aversi*: perchè, o le merci consegnate al capitano erano di tal genere, che la proprietà ne è passata immediatamente a lui e il negoziante ne è diventato creditore; e allora, come si può dire che il capitano abbia stornato il carico, dal momento che non ha fatto se non disporre di cose che gli appartenevano? o pure egli doveva restituire le stesse merci consegnategli, e in questo caso il locatore potrà giovarsi dell' azione di furto, senza ricorrere all' *actio oneris aversi*, che sarebbe pertanto una inutile superfluità. Nondimeno, se la cosa fosse stata consegnata col patto, che potesse restituirsi una cosa simile, il conduttore sarà al sicuro da qualunque attacco, e ciò per una considerazione molto ovvia. Nella locazione, come in tutti i contratti che recano vantaggio ad entrambi i paciscenti, si risponde soltanto della colpa; ora, per quanto si guardi, non è possibile asserire che il capitano è in colpa per aver restituito il grano a Primus: perchè era ben necessario che la restituzione cominciasse da qualcheduno, quantunque costui venisse a trovarsi in una condizione migliore di quella degli altri.

Dunque, mettendo da parte tutto ciò che non ha diretta attinenza con l' attuale argomento, il passo in buona sostanza dichiara che, come la locazione, così il deposito di cose fungibili può aver luogo in due modi diversi, tenuto conto dello

scopo avuto di mira dalle parti. Si deposita, per esempio, del danaro, con la convenzione che il depositario dovrà restituire le stesse monete ricevute, gli stessi *corpora nummorum*. Qui si tratta di un deposito regolare; ma se nulla si è stabilito circa il modo della restituzione, si presume che il depositario sia tenuto solo al *tantumdem pecuniae*, vale a dire a pagare una somma di danaro eguale a quella consegnatagli.

Intanto da parecchi scrittori, anche recentissimi, si persiste a negare la possibilità che in diritto romano sia stato mai ammesso un deposito analogo, per i caratteri esteriori e per la funzione, a quello che i moderni chiamano deposito irregolare. Un contratto di tal genere - si afferma - veniva considerato come un mutuo, regolato da norme alquanto diverse dalle comuni e produttivo di conseguenze speciali: quanto alla espressione *deposito irregolare*—che certo non è delle fonti—non esprime la specialità di un deposito di cose fungibili, ma può riferirsi piuttosto a qualunque specie di deposito che si allontani per qualche verso dai principi ordinari.

La questione di terminologia ha, come s' intende, un' importanza molto secondaria. Segnati i limiti precisi, determinate le note caratteristiche del contratto, è indifferente poi indicarlo con un nome anzichè con un altro. Il punto che ha vera e capitale importanza scientifica è il seguente. Secondo i principi del diritto romano, si può effettivamente ammettere che sia compatibile con l'intima essenza del deposito la restituzione del *tantumdem eiusdem generis*? o non piuttosto si deve dire, quando s'incontri un patto di tal genere, che il contratto cessa di essere un deposito e rientra nel concetto di mutuo?

Le nostre fonti si prestano in appoggio sì dell' una che dell'altra tesi. A quanto pare, ciò deriva dal fatto, che nel periodo classico del diritto romano i pareri dei giureconsulti erano discordi. Sembra che alcuni — Papiniano, Paolo, Scevola — avessero accolto senza difficoltà gl'insegnamenti di Alfeno; mentre altri — specialmente Ulpiano — avessero avuto ripugnanza a riconoscere come deposito una figura di contratto in cui la proprietà, poniamo, del danaro si trasferiva nel depositario, i-

noltre costui doveva gl' interessi, e l' obbligo della restituzione si limitava al *tantumdem*. Qui si hanno — dicevano questi ultimi — nè più nè meno che i caratteri del mutuo: sicchè ci troviamo di fronte a un vero e proprio mutuo, e non ci è ragione per chiamarlo deposito.

Questo contrasto di opinioni risulterà chiaro dal raffronto di alcuni testi.

Il primo è di Papiniano. Fr. 24 h. t. (PAPINIANUS *libro nono quaestionum*).

« ' Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos ' hac die commendasti mihi adnumerante servo Sticho actore, ' esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta ' tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi ' numerabo. ' quaeritur propter usurarum incrementum. respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. in qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur. »

Si presenta il caso pratico di una scrittura di obbligo in forma di lettera, così concepita: « Lucio Tizio a Sempronio, salute. Con la presente lettera scritta di mio pugno ti partecipo, perchè ne prenda conoscenza, che si trovano presso di me i cento danari che oggi mi affidasti (*commendasti*), i quali mi sono stati numerati dallo schiavo Stico: e nello stesso tempo ti dichiaro, che sono pronto a restituirteli quando e dove vorrai ». Si domanda, se in base a una scrittura di tal genere siano dovuti interessi.

Papiniano si pronunzia molto recisamente in favore dell'ammessibilità dell'azione di deposito: perchè — egli dice — il verbo *commendare* usato nella scrittura è sinonimo di *deponere*. Gl'interessi dunque sono dovuti, e siccome non vi è stato patto intorno ad essi, è chiaro che si può trattare soltanto di interessi moratori; ora, si è visto, che gl' interessi moratori non possono richiedersi se non nei contratti di buona fede (§ XXXII, pag. 126 e seg.): per conseguenza qui vi dev' essere, non un mutuo, che fa parte dei contratti di stretto diritto, bensì un deposito.

I due periodi che seguono, da *quod ita* fino a *dicendum est*, contradicono in modo assoluto ai concetti esposti fin ora e alle deduzioni che se ne traggono nell'ultima parte del passo, da *et est quidem* in poi. Essi suonano così: ciò che abbiamo detto avanti deve ritenersi esatto nel solo caso in cui l' intenzione delle parti sia stata rivolta alla restituzione degli stessi *corpora nummorum*: imperocchè, *se si è stabilito che si restituirà altrettanto, questa specie di contratto eccede i ben noti limiti del deposito*. Ora, giacchè quando si conviene di restituire non l'*idem*, ma il *tantumdem*, *non si può sperimentare l'azione di deposito*: sarebbe difficile in questo caso trovare un fondamento all'obbligo degl'interessi.

Nella dottrina varie vie sono state tentate per eliminare la dissonanza.

Alcuni si sforzano di dimostrare, che una vera contradizione non sussiste: poichè — dicono — la frase usata nel testo è, che si oltrepassano i *notissimos terminos* del deposito; ma ciò non significa, che si oltrepassano in modo così essenziale, da non esservi più addirittura deposito. In buona sostanza, il giureconsulto negherebbe non già l'esistenza di un deposito, ma di un deposito nella sua configurazione normale.

Questa conciliazione potrebbe reggere, ove nel periodo seguente non fosse soggiunto, con la massima chiarezza, che l'azione di deposito *non tenet*, e che quindi non si possono domandare gl' interessi di mora.

Altri ritengono, che i due periodi in questione non siano

fattura di Papiniano, ma contengano un' osservazione critica inserita nel passo da altri. Questa congettura, secondo me, è preferibile; tuttavia resta da domandarsi: in che epoca fu fatta l'inserzione? è dessa opera di un contemporaneo di Papiniano, dei compilatori giustinianei, o dei glossatori post-giustinianei?

Che sia dovuta ai compilatori giustinianei, lo si può escludere con sufficiente sicurezza. I compilatori, se il passo non avesse corrisposto ai principi del diritto vigente, lo avrebbero rifiutato piuttosto che sfigurarlo in quel modo. Neppure si può ammettere che l'alterazione sia avvenuta nei tempi posteriori, perchè nell' edizione fiorentina e nei Basilici il frammento è riportato tale e quale.

Tutto dunque c'induce a credere, che l' interpolazione sia stata introdotta da un giurista classico contemporaneo di Papiniano, verosimilmente dal suo discepolo Ulpiano, il quale, come Paolo, critica in più di un punto le opinioni del maestro: tanto è vero che nella celebre *legge delle citazioni* dell' imperatore Valentiniano è stabilito, che sono esclusi dall' esercitare qualsiasi influenza certi luoghi di Ulpiano e di Paolo che pretendono criticare i responsi di Papiniano. La supposizione è tanto più accettabile, in quanto — come si è accennato, e come apparirà meglio in séguito — Ulpiano si dichiara avversario della opinione comune, che possa esservi l' obbligo alla restituzione del *tantumdem* e al pagamento degl'interessi, senza che perciò si ricada nel mutuo.

Tolto di mezzo quell'inciso, che spezza l'armonia del testo, il senso corre facile e limpidissimo fino alla fine. Si dice: del resto vi sono parecchie decisioni in cui si afferma, che in materia d' interessi nei giudizi di buona fede tanto può l' *officium arbitri* quanto la stipulazione; ma è contro la buona fede e l'indole stessa del deposito pretendere gl'interessi, prima che si sia verificata la mora, da chi col ricevere il danaro in custodia ha reso un beneficio. Però, se fin dall' inizio si è convenuto il pagamento degl' interessi, è forza osservare la legge del contratto.

In altri termini: gl'interessi sono dovuti *ex pacto*, per tutta

la durata del contratto, se furono stabiliti *ab initio*; se non vi fu patto, sono invece dovuti *ex mora*, dal giorno in cui si è in mora di restituire, perchè siamo di fronte a un deposito, e il deposito è un contratto di buona fede.

Il giureconsulto ribadisce la propria opinione nel fr. 25 § 1 eod. tit. (PAPINIANUS *libro tertio responsorum*):

« Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est. »

Colui il quale ha ricevuto in deposito danaro non sigillato, con l'obbligo di restituire altrettanto, se abbia convertito il danaro in uso proprio, convenuto che sia dopo la mora con l'*actio depositi* dovrà essere condannato anche a gl'interessi.

Conforme all'opinione di Papiniano è quella di Paolo e di Scevola, che la illustrano allo stesso modo con esempi pratici, l'uno nel fr. 26 § 1, l'altro nel fr. 28 dello stesso titolo.

Fr. 26 § 1 (PAULUS *libro quarto responsorum*):

« Paulus respondit filio. Lucius Titius ita cavit: ' accepi et ' habeo ex causa depositi supra scripta [tua] decem milia dena- ' rium et faciam omnia et consentio et promisi ita ut supra ' scriptum est, et conveni praestare tibi usuras in singulas mi- ' nas per singulos menses assium quaternorum, donec universa ' summa reddatur.' quaero, an usurae peti possunt. Paulus respondit eum contractum de quo quaeritur depositae pecuniae modum excedere, et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt. »

Paolo così risolvette un dubbio mossogli dal figlio. Lucio Tizio si è obbligato nei seguenti termini: « Dichiaro di aver ricevuto e di avere presso di me a titolo di deposito i diecimila danari di tua spettanza, di cui innanzi è parola. Prometto di adempiere a tutto ciò che sopra è stato scritto, nonchè di corrisponderti gl'interessi nella misura dell'otto per cento, fin che non ti abbia restituto l'intera somma ». Si domanda, se in base a questo chirografo possano domandarsi le usure.

Ed ecco la decisione di Paolo. Il contratto in questione — egli afferma — sorpassa le modalità solite del deposito di da-

naro: onde, a tenore della convenzione, sarà lecito con l'azione di deposito chiedere anche gl'interessi.

L'espressione *excedere modum depositae pecuniae* ricorda quello del fr. 24, *egredi notissimos terminos depositi*; ma ciò non deve far interpetrare il passo nel senso, che il giureconsulto neghi al contratto in esame la natura di deposito: perchè allora sarebbe illogico conchiudere, che si può agire per gl'interessi con l'*actio depositi*. Egli vuol dire soltanto, che in questo caso il deposito non è il solito, ma presenta caratteri affatto eccezionali.

Fr. 28 (SCAEVOLA *libro primo responsorum*):

« Quintus Caecilius Candidus ad Paccium Rogatianum epistulam scripsit in verba infra scripta: ' Caecilius Candidus Paccio ' Rogatiano suo salutem. Viginti quinque nummorum quos apud ' me esse voluisti notum tibi ista hac epistula facio ad ratiun- ' culam meam ea pervenisse: quibus ut primum prospiciam, ne ' vacua tibi sint: id est ut usuras eorum accipias, curae habebo.' quaesitum est, an ex ea epistula etiam usurae peti possint. respondi deberi ex bonae fidei iudicio usuras, sive percepit sive pecunia in re sua usus est. »

E' una scrittura a forma di lettera, simile in tutto alle precedenti. Quinto Cecilio Candido scrive a Paccio Rogaziano, avvisandolo di aver ricevuto i venticinque nummi che questi volle affidargli in deposito, e assicurandolo, che si adoprerà perchè tale danaro non rimanga infruttifero: in altre parole, s' impegna a fargliene ricavare gl'interessi. Qui gl'interessi potranno domandarsi nel relativo giudizio di buona fede, sia che il depositario abbia collocato il danaro, sia che l' abbia adibito a uso proprio.

Leggiamo ora il testo in cui Ulpiano sostiene l' opinione contraria. E' un passo relativo alle ragioni dei creditori nel fallimento dei così detti *nummularii*, specie di mediatori di affari riflettenti somme di danaro, corrispondenti su per giù ai nostri cambiavalute. Fr. 7 § 2 h. t. (ULPIANUS *libro trigensimo ad edictum*):

« Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio

haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant. et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum qui vel postea usuras acceperunt ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito. »

Ogni qual volta i *nummularii* entrano nello stato di non solvenza, si suole in primo luogo tener conto dei depositari. Ed è giusto, perchè siccome le cose depositate non passano in proprietà del *nummularius*, bisogna permettere ai proprietari di rivendicarle.

Ma chi — domanda il giureconsulto — deve esser veramente considerato come depositario, onde poter esercitare un tale diritto? Per depositari — risponde — s' intendono quelli soltanto che hanno dato danaro *in custodia*, non già chi ha impiegato danaro *ad interesse* con la mediazione dell'agente di affari, sia in società con lui sia esclusivamente per conto proprio. Come si vede, Ulpiano segue una via affatto diversa.

La chiusa del frammento va ancora oltre, perchè si dice: per conseguenza, se avviene la *bonorum venditio*, i depositari concorrono prima dei creditori privilegiati. Non sono ammessi però a concorrere in qualità di depositari coloro i quali, anche dopo la conchiusione del contratto, hanno percepito interessi: *poichè costoro, accettando gl'interessi, hanno tacitamente rinunziato al deposito.*

In definitiva, le risultanze dei testi esaminati si possono riassumere nella formola che premettemmo a questo studio esegetico. Il diritto romano antico conobbe ed ammise il concetto del deposito irregolare; nel diritto classico tale concetto si mantenne e fu accolto dalla grande maggioranza dei giuristi, e solo incontrò qualche solitario, per quanto autorevole, oppositore.

Non mancano tuttavia scrittori, i quali negano, che l'evoluzione giuridica abbia proceduto nel modo da noi indicato. Il NIEMEYER, per esempio, assume, che originariamente il deposito non era ben distinto da gli altri contratti, e che questa con-

fusione spiega il passo di Alfeno; quanto alle decisioni dei tre giureconsulti classici, si deve credere che siano inspirate dalla intenzione di favorire i deponenti, permettendo loro ciò che di regola non sarebbe stato permesso, vale a dire di percepire interessi su le somme depositate. Questa tesi non è conciliabile con le affermazioni dei testi riportati; circa poi al riflesso, che si sarebbe voluto favorire i depositanti, fu acutamente osservato, che anzi si sarebbero avvantaggiati dippiù concedendo loro l'azione di mutuo, la quale — come è noto — se non partoriva interessi, importava però la condanna alla terza parte della somma mutuata (pag. 37).

§ XCVIII.

Nel diritto vigente il deposito irregolare ha acquistato una tale importanza, che è prezzo dell'opera indugiarsi alquanto a rilevarne i caratteri e la funzione.

La causa, che dà la caratteristica al deposito, è l'assunzione della custodia di una cosa. Il deponente affida questa al depositario perchè presso costui essa è custodita più sicuramente, più acconciamente: ma ad un tempo essa è a sua disposizione, come se mai fosse uscita dalla sua detenzione. E questo scopo può essere pratico anche per le cose fungibili, come tali, con l'obbligo di restituire *tantumdem eiusdem generis*, perchè appunto per la fungibilità il deponente non ha di regola alcun interesse ad avere la restituzione delle stesse cose individualizzate. Ma ciò porta alla conseguenza, che il depositario ha il pieno diritto di servirsi delle cose a suo talento, diventandone così proprietario. A fianco del *custodiendum dare* vi è l'*utendum dare*, che è un'altra causa a sè di contratto. Possono le due cause coesistere senza che questa scacci quella? In che può sceverarsi un tal contratto dal mutuo?

Considerandolo nei rapporti fra un deponente e un depositario comuni, è assai difficile segnare una linea netta di demarcazione che lo separi dal mutuo. Si ha un bel dire, che lo scopo dei contraenti è diverso; ma come si fa a porre questo

concetto meramente teorico a base di una distinzione, quando fra i caratteri esterni vi è una identità perfetta? Dal momento che il depositario ha il diritto di servirsi del danaro, ne paga gl'interessi, e restituisce altrettanto danaro: non si sa vedere, in che cosa questo contratto differisca dal mutuo.

La cosa cambia aspetto, quando il deposito si fa presso chi s'incarica di depositi di danaro per professione abituale. Accenniamo alle banche di depositi o di risparmi, che tanta parte rappresentano nella vita economica odierna. Qui la causa del contratto si mantiene nella sua integrità. Quando la banca assume il deposito de' suoi clienti, in prima linea si propone lo scopo di conservare per loro il danaro. Essa deve conservare a disposizione, se non le stesse monete, certo la somma depositata.

Si sa, in che modo è organizzato il servizio dei depositi presso questi istituti. La banca riceve in deposito somme di danaro da una grande quantità di persone, e s'impegna a tenere in qualunque momento o a brevi termini prefissi a disposizione del depositante tutto o una parte più o meno considerevole del danaro depositato. Si sa, che non tutti i deponenti ritirano normalmente i loro danari ad un tempo: vi è solo una quantità che bisogna tenere a disposizione. La parte che rimane viene impiegata dalla banca in operazioni fruttifere, e in considerazione di ciò si corrisponde al depositante un interesse proporzionato alla somma. L'interesse si commisura su la durata del deposito e su la somma che il depositante ha diritto di ritirare.

Di qui emerge chiara la differenza fra il deposito bancario e il mutuo. Il banchiere ha una duplice figura: da un lato presta la sua cassa al cliente per custodirvi il danaro, dall'altro lo associa ai lucri della sua industria, senza peraltro farlo partecipare ai rischi. Naturalmente, perchè ciò possa avvenire, il danaro non può restare immobilizzato, deve circolare, almeno in parte, e solo una certa quantità, relativamente minima, deve rimanere sempre nella cassa della banca per far fronte a gli eventuali rimborsi. Ora, siccome si può fare una media dei depositi che in tempi normali vengono ritirati giornalmente, il

banchiere avrà adempiuto all'obbligo suo tenendo in cassa una somma di danaro corrispondente alla media suddetta. Invece, se si trattasse di mutuo, tutte queste limitazioni non avrebbero ragione di essere; il banchiere avrebbe diritto di disporre dell'intero capitale e di non restituirlo prima della scadenza. Con la combinazione di più depositi si raggiungono qui due scopi: da un canto il banchiere conserva il danaro del cliente, serve per lui quasi di cassa, dalla quale può successivamente attingere le somme che mano a mano occorrono per i suoi bisogni; dall'altro egli può disporre entro certi limiti delle somme e farle fruttare.

Fra il deposito regolare e il deposito bancario vi è posto per una figura intermedia, molto in uso oggidì, specialmente all'estero. Consiste in ciò, che la banca si obbliga a tenere le somme e i titoli di rendita ricevuti in custodia, separati dalle somme e dai titoli degli altri depositanti. Non vi è obbligo d'interessi, e la restituzione comprende le medesime specie.

Questa figura di deposito, notissima in Austria e in Germania, ha dato luogo a dispute vivissime, anche giudiziarie. Si è discusso lungamente, se il banchiere abbia diritto di sostituire i titoli affidatigli con altri dell' identica specie ma contrassegnati con numeri diversi; e si è conchiuso, che tale diritto si ha, salvo che il depositante non abbia unito ai titoli la lista dei numeri; perchè questo atto contiene in sè la dichiarazione implicita di volere in restituzione gli stessi titoli. E' perciò che i maggiori istituti di credito austriaci e germanici non accettano più depositi di titoli accompagnati dalla lista dei numeri.

Le stesse figure contrattuali esistevano, *mutatis mutandis*, in Roma, come è stato dimostrato dagli accurati studi del Goldschmith sul commercio bancario romano. Ciò risulta, sia dalle scritture esaminate nel paragrafo precedente, sia dai numerosi luoghi di scrittori, anche non giuridici, che ci fanno fede dell'esistenza di uomini di affari, quali i *nummularii* e gli *argentarii*, che s'incaricavano di tutte le faccende dei loro clienti. Erano essi che conchiudevano i mutui e altri contratti riflet-

tenti la moneta: erano essi che vendevano mediante l' *auctio* gli oggetti dati in pegno, e ripartivano il prezzo ricavato dalla vendita ai creditori: su di essi, infine, si emettevano le delegazioni di pagamento, da cui ebbe origine quella notevole figura di garanzia che fu il *receptum argentariorum.* Di fronte a questi *argentarii*, che avevano clientela numerosissima, si verificavano quei rapporti che ora si vedono nelle banche di deposito. La causa fondamentale del deposito era anche qui di tenere la cassa dei clienti, con le somme a loro disposizione, ma l'*argentarius*, che appunto corrispondeva interessi, impiegava le somme nei suoi affari.

Le legislazioni moderne seguono, per ciò che si riferisce al deposito irregolare, indirizzi disparati, spesso opposti. Il codice civile germanico, per esempio, si scosta dal sistema romano, e applica al deposito irregolare i principi del mutuo. Il codice italiano invece si mantiene fedele alle idee romane: esso difatti traccia prima il concetto del deposito normale, dicendo, che il depositario « non può servirsi della cosa depositata senza l'espresso o presunto permesso del deponente » (art. 1846), e perciò (art. 1848) « deve restituire l' identica cosa che ha ricevuto »; indi nel capoverso accenna al deposito irregolare: « Un deposito di danaro, quando in conformità dell'articolo 1846 il depositario ne avesse fatto uso, deve restituirsi nelle medesime specie in cui fu fatto, nel caso tanto di aumento quanto di diminuzione del loro valore ». Le stesse *specie*, dunque, ma non le stesse cose.

§ XCIX.

Altre speciali figure di deposito sono: il *depositum miserabile*, e il *sequestro*.

Del *depositum miserabile* si è già parlato, a proposito della estensione della condanna nell'azione diretta (§ XCIII).

Il *sequestro* per diritto romano è il deposito di una cosa fatto da più persone presso un terzo, con l' obbligo in questi di restituirla a una fra esse secondo certe eventualità (cfr. fr. 6

6 *depositi*): Lo scopo della custodia è qui quello di sottrarre intanto la cosa alla disposizione esclusiva di uno qualunque fra i più, e di conservarla nell' interesse di tutti, per restituirla poi a colui che la eventualità fissata deciderà. Il possesso della cosa passa nel sequestratario, che ha quindi gl' interdetti possessori per difenderlo.

Il diritto romano conobbe soltanto il sequestro *volontario* o *convenzionale* ; mentre in diritto moderno vi è anche il sequestro *necessario* o *giudiziario*, che cioè può essere ordinato dal giudice (cod. civ. art. 1869).

§ C.

Al deposito non di rado si ricorreva a fine di mascherare un altro contratto che, per la condizione personale delle parti o per altre circostanze, non era lecito.

Un esempio, fra i tanti, ci è offerto dal fr. 27 h. t. (PAULUS *libro septimo responsorum*):

« Lucius Titius cum haberet filiam in potestate Seiam, Pamphilo servo alieno in matrimonium collocavit, cui etiam dotem dedit, quam sub titulo depositi in cautionem contulit, et postea nulla denuntiatione a domino facta pater decessit, mox et Pamphilus servus: quaero, qua actione Seia pecuniam petere possit, cum ipsa patri heres extiterit. Paulus respondit, quoniam dos constitui non potuit, ex causa depositi actione de peculio pecuniam repetendam. »

Si tratta dell'unione di una donna libera, figlia *in potestate* di un certo Lucio Tizio, con lo schiavo Panfilo. Non essendo possibile la costituzione di dote, si ricorre all'espediente di affidarne l'ammontare al marito a titolo di deposito. Morto Lucio Tizio, morto Panfilo, con quale azione potrà la donna, che è succeduta al padre, ripetere il proprio danaro dal padrone del defunto marito? evidentemente non con l' *actio rei uxoriae*, mancando la costituzione di dote; ma con l'*actio de peculio*, in base al deposito.

Un altro esempio importantissimo è fornito da un docu-

mento giudiziario trovato fra i papiri scoperti qualche anno fa in Egitto, e acquistati, parte in Inghilterra, parte a Berlino, parte a Vienna dall'arciduca Ranieri.

A un tal giudice Lupo si presentò il caso seguente. La vedova di un soldato morto in guerra chiedeva all'erede del marito la restituzione di un deposito, che sosteneva indebitamente compreso nell'asse ereditario. In verità si trattava di un deposito simulato, fatto presso il marito per supplire alla costituzione di dote, la quale non aveva potuto aver luogo perchè ai soldati mancava lo *ius connubii*. Il giudice, accortosi di trovarsi di fronte a un atto simulato, non potè far ragione alla domanda della donna; ma d'altra parte, siccome sarebbe stato contrario all'equità negarle ciò che le apparteneva, dichiarò, che se si fosse chiesta la restituzione della dote con l' *actio rei uxoriae*, l' avrebbe accordata, fingendo, che la costituzione di dote vi fosse stata e che il *matrimonium* fosse *iustum*.

II. Contratti consensuali

§ I.

Fra i contratti consensuali quello che è più largamente usato nella pratica quotidiana della vita, e che nello studio del diritto romano presenta una importanza grandissima per l'enorme cumulo di questioni storiche e dommatiche che vi si connettono, è la compra-vendita, *emptio venditio*.

La scienza economica c' insegna, che la compra-vendita non rappresentò presso i popoli antichi il primo stadio degli scambi. Nelle fonti romane vi è un celebre frammento di Paolo, citato assai spesso dai giuristi e da gli economisti, il quale scolpisce in modo inarrivabilmente preciso la funzione economica del contratto e l' evoluzione degli scambi nei primi tempi della società.

Fr. 1 pr. *de contrahenda emptione etc.* 18, 1 (PAULUS *libro trigensimo tertio ad edictum*):

« Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. olim

enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur. »

L'origine della compra-vendita si devo ricercare nella permuta. Anticamente difatti non esisteva, come ora, la moneta, nè si parlava, da una parte di *merx*, dall' altra di prezzo; bensì ciascuno secondo la necessità dei tempi e delle cose scambiava le cose inutili con le utili: poichè spesso succede, che quello che sovrabbonda a uno manchi a un altro.

Ora, siccome non era frequente nè facile a verificarsi il concorso di queste due circostanze, che tu avessi avuto ciò che io desideravo, e viceversa che si trovasse presso di me ciò che tu volevi acquistare: si pensò di scegliere una materia, la cui stima, pubblica e perpetua, supplisse con l' eguaglianza della quantità alle difficoltà della permuta. Tale materia, ridotta a forma di monete, appresta l'uso e la proprietà non tanto per la sostanza sua quanto per la quantità; nè oramai si parla di merce da entrambe le parti, ma una delle cose scambiate si chiama *prezzo*.

Si cominciò dunque col baratto fra cosa e cosa, indi per gradi si arrivò all' invenzione della moneta, seguendo un processo evolutivo di cui nel passo non vi è neppure un accenno. La moneta primitiva consisteva in pezzi di pelle, su cui s' imprimeva rozzamente la figura di un bue o di una pecora: poi si pesò il rame: poi si diede forma al rame: finalmente si introdussero anche l' argento e l' oro, e così via fino agli ultimi perfezionamenti.

§ II.

La compra-vendita in Roma non apparve certamente fin dai primi albori del diritto con la figura e co' i caratteri che le furono propri nel periodo giustinianeo. In un tempo in cui non si trasferivano i diritti, non si costituivano le obbligazioni, insomma nessun effetto giuridico si produceva se non mediante determinate forme solenni, sarebbe assurdo imaginare l'esistenza di un contratto che giungeva a perfezione per effetto del semplice consenso.

Quale sia stata l'origine, l'efficacia, la forma della compra-vendita nei primordi della società romana, non è possibile, nonchè affermarlo con certezza, neppure stabilirlo approssimativamente per via di congetture. Gli scrittori, come sempre avviene quando mancano dati sicuri, brancolano nel buio , e si sforzano a costruire delle ipotesi più o meno attendibili, più o meno ardite, che ci restano nella medesima oscurità di prima.

Un'opinione antica, che oggi la dottrina ha respinto ad unanimità , fa risalire la compra-vendita ai primi tempi della formazione dello stato romano, ad un periodo anche anteriore alla legge delle dodici tavole, in altri termini all' epoca regia.

La grande maggioranza degli scrittori moderni non arriva fino al punto di sostenere l'efficacia giuridica della compra-vendita nel periodo accennato. Da alcuni si vuole, che essa era fondata unicamente sul *mos*, sul costume. Non ne derivava, quindi, azione giudiziaria; ma era così potente — essi dicono—la forza del costume, che colui il quale avesse infranto il vincolo impostosi era additato alla pubblica disistima e segnato d' infamia. Altri inclinano piuttosto a credere, che le parti solevano rimettersi al giudizio di un arbitro, le cui decisioni non avevano però valore legale.

Se non che, la leggenda che ci dipinge i Romani come inappuntabilmente ligi alla parola data , come solleciti del proprio onore più che di qualunque altro bene, come rispettosi e timorosi all' eccesso della pubblica opinione , è entrata oramai nel

campo delle leggende sfatate. In realtà i Romani erano un popolo di contadini scaltri ed espertissimi negli affari. I fatti dimostrano, che il *civis romanus* profittava volentieri della dabbenaggine o dell' ignoranza del suo prossimo, per imbrogliarlo: tanto è vero, che — giusta la testimonianza delle fonti — nei contratti che, come la compra-vendita, la società, la locazione, avevano per oggetto lo scambio di reciproche utilità, il diritto classico ammetteva il principio, che fosse lecito ingannarsi a vicenda, *invicem se circumvenire*. Vi erano bensì dei limiti entro i quali la parola data obbligava rigorosamente; ma perchè ciò avvenisse non bastava, secondo il concetto romano, che la parola fosse stata impegnata: occorreva inoltre un impegno preso con formalità solenni.

Quanto alla forma di cui era rivestito il contratto di compra-vendita nel tempo di cui discorriamo, se da un lato possiamo ammettere che d'ordinario consisteva nella *mancipatio*, d'altronde ci è d'uopo riconoscere, che non sempre era opportuno o possibile ricorrervi, specialmente nelle vendite di poca importanza. La *mancipatio*, secondo l' opinione comune, era un atto solenne che si compieva alla presenza di tutto il popolo riunito nei comizi: ora, per quanto voglia imaginarsi Roma nei primi tempi come un piccolo centro senza industria nè commercio, è contrario al buon senso ritenere, che per la vendita di ogni piccola inezia dovesse radunarsi l' assemblea popolare. Dunque accanto alla *mancipatio*, che si adoperava solo per le vendite di una qualche entità, dovette esistere una forma più semplice, spoglia di apparati, per lo scambio continuo, incessante, dei piccoli oggetti necessari alla vita. Questa forma è chiamata da gli scrittori compra-vendita *manuale*, perchè lo scambio della merce e del prezzo avveniva, per così dire, da mano a mano: o anche *reale*, perchè il momento della conchiusione del contratto coincideva con quello della esecuzione. Essa non lasciava traccia dietro di sè, rimaneva fuori la cerchia giuridica, ed era ben raro che desse luogo a controversie giudiziarie, e ciò sia per la tenuità del valore sia per la difficoltà della prova.

Per conseguenza, nelle vendite importanti era impossibile, o per lo meno poco probabile.

§ III.

Non meno vivaci sono le discussioni che si agitano onde stabilire il modo con cui la compra-vendita si venne staccando dalla infinita schiera degli altri negozi giuridici e fu riconosciuta legalmente come contratto autonomo. Anche su questo punto bisogna pur troppo riconoscere, che non si è raggiunto fin ora alcun risultato serio.

Il PERNICE suppone, che in origine la compra-vendita abbia avuto il carattere di un contratto reale, che si perfezionava, cioè, non col semplice consenso ma mediante l'effettiva consegna della cosa da un lato e del prezzo dall'altra. È in questo carattere primitivo che egli ritrova la spiegazione di molte norme vigenti nel diritto giustinianeo.

Contro simile congettura però si sono sollevate non poche obiezioni: si è detto, fra l'altro, che lo svolgimento storico della compra-vendita non presenta nessuna analogia, anzi sta a gli antipodi con lo svolgimento del mutuo, che è — come si è visto — il tipo dei contratti reali.

Altri credono di non essere lontani dal vero affermando, che la compra-vendita nei primi tempi si conchiudeva con quella forma di contratto che era la più usuale nella vita pratica giuridica romana, vale a dire con la stipulazione. Ma siccome la stipulazione non generava obblighi che da una parte soltanto, da parte del promittente, ne veniva di necessità, che per la compra-vendita si richiedevano due stipulazioni diverse, dirette a vincolare, l'una il venditore l'altra il compratore. Ora, si sa che fra obblighi nascenti da due stipulazioni distinte non vi poteva essere connessione di sorta, perchè il giudizio era *stricti iuris*: da ciò la conseguenza, che una delle parti sarebbe stata tenuta a sodisfare alla sua obbligazione anche se l'altra non avesse sodisfatto alla propria. Mancava dunque al contratto quella fi-

sonomia perfettamente sinallagmatica che ne formò in sèguito la caratteristica più spiccata.

Questa duplicità di vincoli spiega — dicono i sostenitori della ipotesi accennata — il nome di *emptio venditio* con cui fu battezzato il contratto, e spiega altresì, come nel diritto ante-giustinianeo il compratore potesse pretendere la consegna della cosa anche senza aver pagato il prezzo. A ciò si è risposto, che vi sono altri principi a cui l'ipotesi stessa contradice. Come si giustifica, per esempio, che il pericolo della cosa passa al compratore prima della consegna?

In conclusione, il meglio che possa farsi è dichiarare l'esito assolutamente negativo delle ricerche tentate. Val meglio confessare, che la scienza è impotente a dare una soluzione, anzichè perdersi in arzigogoli e perseguitare ombre, a cui nessuno sforzo d'ingegno può dare apparenza di verità.

§ IV.

Il tempo in cui la compra-vendita fu riconosciuta come contratto consensuale si può fissare con assoluta sicurezza alla metà del settimo secolo di Roma.

Qualche scrittore, pur ammettendo che la compra-vendita in tale epoca abbia avuto il carattere di consensuale, nega che sia stata anche di buona fede. Ciò può essere esatto, ma non possediamo nessun elemento positivo che ci autorizzi ad affermarlo. Il certo è però, che le divergenze esistenti fra i giureconsulti su parecchi punti fondamentali della compra-vendita ci lasciano sospettare, che questa non avesse nel primo periodo la figura che assunse nel diritto classico e nel diritto giustinianeo.

§ V.

La compra-vendita si definisce, secondo i concetti romani, « un contratto consensuale, di buona fede e bilaterale per cui una persona (*venditore*) si obbliga a far avere il possesso paci-

fico e definitivo di una cosa ad un'altra persona (*compratore*) la quale a sua volta si obbliga a pagarne il prezzo ».

§ VI.

È un contratto consensuale. Ciò significa, che si perfeziona col semplice consenso, non appena si è formato l'accordo delle parti su la cosa e sul prezzo. Non è necessario, come nei contratti reali, un principio di esecuzione.

Il rapporto fra contratti consensuali e contratti reali, come è comunemente inteso e accettato nella dottrina, è stato , recentissimamente, messo in dubbio dal chiaro professor Perozzi. Dal confronto fra certi passi delle Istituzioni giustinianee co' i passi corrispondenti delle Istituzioni di Gaio egli deduce, che la recisa antitesi fra contratti reali e contratti consensuali fu estranea al sistema del diritto classico. Quando — egli dice — i giureconsulti classici asseriscono, che nel comodato la consegna della cosa è indispensabile alla perfezione del vincolo, mentre nella compra-vendita basta il consenso: con ciò essi non intendono costruire una speciale categoria, quella dei contratti reali, e contrapporla a quella dei contratti consensuali; sì bene vogliono esprimere il concetto, che, negli uni come negli altri, il solo consenso, spoglio di ogni formalità, è sufficiente a perfezionare il contratto. L' antitesi dunque dovrebbe porsi diversamente: cioè fra i contratti consensuali in questo senso larghissimo, che abbraccia anche i contratti reali, e i contratti del diritto antico, che non giungevano a perfezione se non erano conchiusi con forme solenni.

L'argomentazione del Perozzi è sottile, ingegnosa, e confortata da una rara erudizione; ma non la si può accogliere. Non è qui il luogo di indugiarsi a confutarla; osservo soltanto, che i contratti in cui è necessaria la consegna di una cosa perchè possano dirsi perfetti si appartano, per forza delle circostanze medesime, da tutti gli altri, e formano naturalmente una speciale categoria, che il giurista deve limitarsi a riconoscere, non essendo in suo potere il crearla o il distruggerla.

§ VII.

È un contratto di buona fede. Il giudice pertanto provvede sui rapporti reciproci *ex aequo et bono*, senza obbedire a regole fisse di diritto.

Nel diritto giustinianeo la teoria dei contratti di buona fede è cristallizzata, soggetta a norme invariabili dettate dalla tradizione giuridica precedente. Invece nelle opere degli scrittori classici il concetto di *buona fede* non è assoluto, ma è qualche cosa che vive, si muove, agisce, è l'anima degli affari, e quindi si piega e si adatta alle circostanze. Il giureconsulto non può far altro che additare dei criteri generali da seguirsi: il giudice poi vedrà, nei singoli casi concreti, quale via l'equità comandi di battere.

§ VIII.

Infine, la compra-vendita *è un contratto bilaterale.* Si suol dire, che un contratto è bilaterale perchè è di buona fede, e viceversa. Non è possibile, difatti, imaginare uno di questi requisiti disgiunto dall'altro. Appunto perchè vi sono dei diritti e degli obblighi vicendevoli, il giudice deve cercare di stabilire l'equilibrio nella posizione economica giuridica delle parti, inspirandosi ai principi della buona fede.

La compra-vendita è bilaterale nel senso più ampio e più completo della parola, tanto che si è soliti di citarla come il tipo dei contratti bilaterali perfetti. Svariatissimi sono, nella pratica, gli elementi che entrano nel contratto: possono intervenire mille accidentalità che ne modifichino la fisonomia; ma in nessun caso possono mancare i due obblighi che ne formano la base e l'essenza: l'obbligo del venditore, di fare avere il possesso della cosa e quello del compratore, di pagare il prezzo.

§ IX.

La compra-vendita è perfetta non sì tosto è stabilito il consenso delle parti su la cosa e sul prezzo. Elementi caratteristici ne sono, quindi, la cosa e il prezzo.

Molti scrittori ne aggiungono un terzo, il consenso; ma è più corretta la formola da noi adottata, che occorre *il consenso su la cosa e sul prezzo*: poichè il consenso non è un requisito speciale della compra-vendita, ma è un elemento essenziale comune a tutti i contratti.

§ X.

Procediamo ora all'analisi di questi elementi.

La cosa. — Possono essere oggetto di compra-vendita tutte le cose che esistono e che sono in commercio.

Il termine tecnico usato nelle fonti per designare la cosa quando forma oggetto di compra-vendita è — come si è visto nell'esame del fr. 1 pr. *de contrahenda emptione* — *merx*. Sembra però che, almeno in un certo periodo, il vocabolo *merx* si sia riferito soltanto alle cose mobili. Lo dice Ulpiano nel fr. 66 *de verborum significatione* (ULPIANUS *libro septuagensimo quarto ad edictum*): « 'Mercis' appellatio ad res mobiles tantum pertinet. »

Nemmeno vi erano compresi gli schiavi. Fr. 207 eod. tit. (AFRICANUS *libro tertio quaestionum*):

« 'Mercis' appellatione homines non contineri Mela ait: et ob eam rem mangones non mercatores, sed venaliciarios appellari ait, et recte. »

Sotto l'appellativo *merx* Mela sostiene che non vanno compresi gli schiavi: e che per tal ragione i mercanti di schiavi non devono chiamarsi *mercatores*, bensì *venaliciarii*: il che è esatto.

Questi due frammenti erano citati spesso e volentieri, sotto l'impero dell'abolito codice di commercio del 1865, onde trarne

argomento a risolvere la tanto dibattuta questione, se le speculazioni su immobili potessero in determinati casi farsi ricadere nella categoria degli atti di commercio. Molti scrittori sostenevano la negativa: ora, siccome la tesi era sballata, per puntellarla i soliti dilettanti a corto di argomenti tiravano fuori, con l'abituale deplorevole inconscienza, il diritto romano, complice involontario di tante corbellerie! In realtà il diritto romano seguiva proprio il principio opposto; e per convincersene basterà ricordare, in che modo soleva esercitare la propria industria in Roma la benemerita classe degli affitta-camere. Si tratta di usi notissimi ed estesissimi, la cui esistenza è provata da documenti irrefragabili.

Gli affitta-camere ordinariamente avevano in proprietà o prendevano in fitto qualcuno di quei vasti fabbricati, che abbondavano in Roma, e che nel linguaggio delle fonti sono chiamati *insulae*. Le diverse camere dell'*insula* erano poi date in locazione a persone diverse: e all' *insula* stessa si preponeva uno schiavo, nella doppia qualità di portinaio e di amministratore. Ora, per le obbligazioni che lo schiavo avesse assunto nell'esercizio di tale gestione, troviamo affermato, che il proprietario poteva esser convenuto dai terzi mediante l'*actio tributoria*, cioè con un' azione commerciale (cfr. pag. 129). Ciò dimostra precisamente, che la speculazione dell' affitta-camere era considerata come un atto di commercio; altrimenti si sarebbe conceduta l'*actio de peculio*.

Il codice di commercio vigente ha fatto ragione, in parte, a questi principi, comprendendo, fra gli atti che la legge reputa di commercio « le compre e le vendite di beni immobili, quando siano fatte a scopo di speculazione commerciale » (art. 3, 3°). Inoltre nella dottrina e nella giurisprudenza patria si ammette, che possano considerarsi come atti di commercio, con certe condizioni ed entro certi confini, anche le locazioni di immobili.

§ XI.

Possono dunque vendersi tanto le cose mobili quanto le immobili. La compra-vendita poi può avere per oggetto cose corporali e cose incorporali: cose presenti e cose future: cose proprie e cose altrui. La cosa però dev' essere concretamente determinata, o almeno determinabile per via di elementi sicuri; non è ammessa la compra-vendita di cosa indicata genericamente. Abbiamo così enunciato altrettanti punti importantissimi, su cui conviene portare un attento esame.

La compra-vendita di cose incorporali doveva essere comunissima in Roma, a giudicarne dalla frequenza con cui vi accennano le fonti, e dal fatto, che nella compilazione del Digesto si credette opportuno raccogliere sotto un apposito titolo — il tit. 4 lib. 18, *de hereditate vel actione vendita* — le norme relative alla compra-vendita dei crediti e delle eredità.

Per ciò che riguarda la compra-vendita dei crediti, detta nel linguaggio moderno *cessione*, è da osservare che la frase ACTIO VENDITA, usata nel titolo della menzionata rubrica, risponde al concetto tutto romano, che il credito per sè stesso è intrasmessibile direttamente. Il vincolo derivante da un' obbligazione non può estendersi fuori la cerchia delle persone che l'hanno conchiuso: passa, è vero, a gli eredi, ma passa in quanto costoro sono rappresentanti della personalità giuridica del defunto. Questo principio, che è un avanzo dell'antico formalismo rimasto fermo a traverso i successivi perfezionamenti del diritto, ci spiega, perchè per effettuare la cessione si dovesse ricorrere all'espediente del *mandatum actionis*. Il cedente costituiva il cessionario *procurator ad litem* per il credito che voleva cedergli: e allora questi poteva agire contro il debitore in nome del cedente, ma nell'interesse proprio.

La vendita della *hereditas* occupa quasi per intero il titolo citato (fr. 1-3, 7-13, 14 § 1-16, 18, 20-22, 24 25): e ciò perchè i giureconsulti si sforzano di fissare in regole precise le svariate conseguenze che derivano dall'essere oggetto del contrat-

to una cosa immateriale, un *nomen iuris*, un complesso di rapporti giuridici spesso assai vasto e complicato, quale è una eredità.

Tali conseguenze si possono riassumere in brevi tratti. Il compratore non acquista la qualità di erede, poichè la vendita non ha esistenza giuridica di fronte ai terzi. Quindi da un lato il venditore può convenire per il pagamento i debitori della eredità: dall'altro i creditori di questa possono far valere le loro ragioni contro l'erede. S'intende bene, che nel primo caso il venditore deve restituire al compratore tutto ciò che abbia percepito a causa dell'eredità: nel secondo, pagato che abbia, può agire in regresso contro il compratore, al quale pertanto — in una parola—si attribuiscono tutti i vantaggi e si addossano tutti gli oneri della eredità, come si legge nel fr. 2 § 9 h. t. (ULPIANUS *libro quadragensimo nono ad Sabinum*): « Sicuti lucrum omne ad emptorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere. »

I rapporti fra l'erede e il compratore si regolavano d'ordinario per via delle così dette *stipulationes partis et pro parte*, con cui si fissavano gli obblighi reciproci che sarebbero potuti sorgere eventualmente nella liquidazione dell'attivo e del passivo della eredità. Del resto il venditore aveva eseguito il contratto quando avesse ceduto al compratore le azioni che gli competevano nella sua qualità di erede: e anche qui, come nella vendita dei *nomina*, il compratore le sperimentava in nome del venditore ma nel proprio interesse.

§ XII.

La compra-vendita di cose future acquista efficacia giuridica allora soltanto, che sia verificata l'esistenza della cosa che ne forma oggetto.

Si vendono, per esempio, i frutti che nasceranno in un determinato fondo: il contratto non genera conseguenze legali prima che i frutti non si siano effettivamente prodotti.

Questa specie di compra-vendita può assumere due forme-

diverse, che i giureconsulti si adoperano con ogni studio a mantenere distinte, e che sono indicate, l'una col nome di *emptio rei speratae*, l'altra con quella di *emptio spei*.

Si ha la *emptio rei speratae* quando si compera una cosa la quale, salvo casi straordinari, dovrà certamente prodursi. Quanto alla determinazione del prezzo, può farsi in due modi. O si conviene che sarà fissato proporzionalmente alla quantità del prodotto che si verificherà; o pure si stabilisce fin da quando si stringe il contratto, *per aversionem*, in una misura che non potrà variarsi, nemmeno se il prodotto sarà di molto superiore o inferiore alle previsioni. In ogni caso, il prezzo non sarà dovuto, se il prodotto non si verificherà.

Qui dunque il contratto è perfettamente normale. I due elementi costitutivi della vendita, la cosa e il prezzo, sussistono: soltanto, vi è incertezza circa l'*entità* della cosa, e s'ignora, se il prezzo dovrà effettivamente pagarsi.

Invece nella *emptio spei* si compera, per un prezzo determinato, il prodotto in generale, sia che ve ne sarà sia che verrà a mancare.

Non è dunque la cosa che si acquista — osservano sottilmente i giureconsulti — sì bene il rischio, se verrà o no prodotta. Vi è dunque in questo caso un contratto aleatorio: onde molti scrittori dubitano, se lo si debba comprendere nel concetto di compra-vendita, o non convenga meglio dire, che ci troviamo di fronte a una figura contrattuale *sui generis*. Il dubbio non ha però alcun fondamento, poichè le fonti dichiarano in modo esplicito, che la *emptio spei* è una vera e propria compra-vendita.

La distinzione è posta e chiarita acconciamente con esempi in un frammento di Pomponio che è fra i più citati.

Fr. 8 pr. *de contrahenda emptione* (Pomponius *libro nono ad Sabinum*):

« Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset nego-

tium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse. »

§ 1 eod.:

« Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur. »

Non è possibile concepire una compera o una vendita senza una cosa che ne formi oggetto. Tuttavia è lecito comperare i frutti che si produrranno e i parti che nasceranno, a modo che, quando i frutti si verificano o i parti vengono in luce, la compra-vendita s' intende conchiusa fin dal momento in cui fu fatta la convenzione. Ma se il venditore abbia agito in modo da impedire la produzione dei frutti o la nascita dei parti, si potrà agire *ex empto* come se esistessero.

Qui il giureconsulto si occupa — come è chiaro — della *emptio rei speratae*. La compra-vendita è perfetta nel momento in cui la cosa vien prodotta; ma l'efficacia ne retroagisce al momento dell'incontro dei consensi. *Quid* se la cosa non si sia verificata per dolo del venditore? A rigore, la vendita sarebbe nulla; ma appunto perchè è intervenuto dolo si finge che i frutti o i parti esistano, e in conseguenza si accorda al compratore l'*actio ex empto*, la quale in questo caso si risolverà nel risarcimento dei danni.

Nel § 1 si tratteggia la figura della *emptio spei*. Qualche volta però — si dice — possiamo imaginare una compra-vendita che sta in piedi anche senza oggetto: quando cioè quasi si compera il rischio. Così per esempio quando si comperano i pesci che si pescheranno con la rete, o gli uccelli che si troveranno impigliati nella pania, o i *missilia* che al venditore riuscirà di raccogliere (*missilia* erano le monete e altri oggetti che gl'imperatori buttavano alla folla dai loro carri). In questi casi la compra-vendita è perfetta anche se non si verifica l'oggetto di essa, perchè si tratta di *emptio spei*: onde, se

il compratore soffre l'evizione circa i *missilia* raccolti e consegnatigli, non potrà per tale titolo agire *ex empto*, perchè tale si reputa che sia stata l'intenzione delle parti.

Dunque, non è che la cosa manchi addirittura. Le parole *sine re* non vanno prese alla lettera: il giureconsulto si affretta a spiegare, che qui la *res* è costituita dall'alea. Per conseguenza, è a carico del compratore l'evizione, il furto, il deterioramento, e ogni altro rischio, sempre—si capisce—quando non vi sia dolo da parte del venditore. Supponiamo — dice il testo — che i *missilia* su cui cade il contratto siano di proprietà altrui. Il venditore ne raccoglie quanti ne può, e li consegna. In sèguito si fa avanti il proprietario a rivendicarli: potrà il compratore evitto agire contro il venditore per il risarcimento del danno? No, evidentemente, perchè è proprio il rischio che egli ha comperato.

Vediamo come si applichino questi concetti alla vendita della eredità.

Fr. 7 *de hered. vel act. vend.* (PAULUS *libro quarto decimo ad Plautium*):

« Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio: nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emptio ed ideo pretium condicetur. »

Quando alcuno ha venduto una eredità, l'eredità deve sussistere perchè sussista la compra-vendita. Qui invero non si compra l'alea, come si fa per la caccia e in altri simili casi, ma bensì la cosa; ora, se questa non vi è, non vi è neppure il contratto di compra-vendita e quindi potrà ripetersi il prezzo.

Sembra dunque, che non sia ammessa l'*emptio spei* nella *hereditas*. L'eredità deve effettivamente esistere ed appartenere al venditore, perchè la vendita possa dirsi valida; non importa poi che sia *damnosa*, ossia tale, che il passivo superi l'attivo. Se invece non concorrono le due circostanze suddette, o perchè la persona indicata nel contratto come *de cuius* è viva, o perchè il venditore non è erede, o per qualunque altro motivo: allora — si dice — *non contrahitur emptio*, non

sorge contratto di vendita, e per conseguenza il prezzo, se già pagato, si potrà ripetere con la *condictio sine causa*, non con l'*actio ex empto*.

Questa decisione fissa un principio generale, in massima esatto, ma di cui non si deve esagerare troppo la portata. Infatti, anche nella eredità, può la vendita cadere — entro certi limiti — sul rischio. Ciò è dimostrato da una serie di testi successivi a quello innanzi esaminato.

Fr. 8 eod. tit. (IAVOLENUS *libro secundo ex Plautio*):

« Quod si nulla hereditas ad venditorem pertinuit, quantum emptori praestare debuit, ita distingui oportebit, ut, si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur, si nulla est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est emptor a venditore consequatur. »

Fr. 9 (PAULUS *libro trigesimo tertio ad edictum*):

« et si quid emptoris interest. »

Nel caso che al venditore non appartenga alcuna eredità, per determinare ciò che egli dovrà prestare al compratore conviene distinguere. Se l'eredità indicata esiste, ma non spetta al venditore, se ne fa la stima; se invece si tratta di una eredità imaginaria, il compratore avrà diritto a ripetere dal venditore il prezzo pagatogli, le spese erogate ad occasione della compra-vendita, e l'ammontare del danno sofferto.

Fr. 10 (IAVOLENUS *libro secundo ex Plautio*):

« Quod si in venditione hereditatis id actum est, si quid iuris esset venditoris, venire nec postea quicquam praestitu iri: quamvis ad venditorem hereditas non pertinuerit, nihil tamen eo praestabitur, quia id actum esse manifestum est, ut quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emptorem pertineret. »

Fr. 11 (ULPIANUS *libro trigesimo secundo ad edictum*):

« Nam hoc modo admittitur esse venditionem ' si qua sit ' hereditas, est tibi empta ', et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus. »

Quando nella vendita della eredità i contraenti abbiano a-

vuto intenzione, che oggetto del contratto sia qualunque diritto successorio che potrà in avvenire essere attribuito al venditore: in questo caso, benchè al venditore non abbia appartenuto nessuna eredità, nulla egli sarà tenuto a prestare: perchè manifestamente tale è stato lo scopo delle parti, che, come il vantaggio dell' affare, così spettasse al compratore anche il pericolo.

Tizio per esempio compera una eredità controversa, o perchè altri reclama contro il venditore la qualità di erede, o perchè il testamento è impugnato di falso, ecc. Ciò facendo, egli assume il rischio della cosa: donde è facile vedere, che siamo anche qui di fronte a una *emptio spei*. Difatti—conferma Ulpiano nel fr. 11 — è lecita una compra-vendita nei seguenti termini: *ti vendo quella qualsiasi eredità che potrà toccarmi*. Il contratto cade su la *spes hereditatis*: si vende l' incertezza stessa della cosa, come nel caso della pesca.

Nel diritto attuale è molto discutibile, se possano applicarsi i principi romani relativi alla vendita di cose future, e — nell' affermativa — se possano applicarsi in tutta la loro estensione

§ XIII.

La vendita della cosa altrui—che secondo la nostra legge è nulla per diritto civile, valida nei rapporti commerciali (cod. civ. art. 1459, cod. comm. art. 59) — in diritto romano era permessa.

Ciò non significa, naturalmente, che al venditore era lecito portar via la cosa al proprietario onde porsi in condizioni di poter eseguire il contratto. In questa specie di vendita egli non si obbligava ad altro che a fare tutto quanto era in lui per procurarsi con le buone la cosa venduta: e, nel caso che non vi fosse riuscito, a risarcire i danni al compratore.

Il principio è perfettamente logico in diritto romano, in cui il venditore è tenuto non già a trasferire la proprietà della cosa al compratore, ma soltanto ad assicurargliene il pacifico

definitivo godimento. Quindi, se il venditore abbia immesso in possesso il compratore, e questi non riceva alcuna molestia, lo scopo della compra-vendita è raggiunto. Il compratore ha la *vacua possessio*, e non ha il diritto di ricercare nè di pretendere altro.

La validità della vendita di cosa altrui era ammessa senza discussione, a giudicarne dal modo sicuro con cui Ulpiano detta la relativa massima. Fr. 28 *de contrah. empt.* (ULPIANUS *libro quadragensimo primo ad Sabinum*):

« Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest. »

Non vi è dubbio alcuno, che sia permesso vendere la cosa altrui. In tal caso la compra-vendita sussiste; però il compratore può essere evitto.

Dunque il compratore non può, avanti di aver sofferto l'evizione, lamentarsi. Ciò è esatto, quando entrambi i contraenti siano in buona fede. Nel caso di dolo, quando cioè si vende una cosa fingendo che sia di colui che la vende, ma sapendo che appartiene ad altri, Paolo distingue, se sia intervenuto dolo da parte del solo venditore, o del solo compratore, o di entrambi: fr. 34 § 3 eod. tit. (PAULUS *libro trigensimo tertio ad edictum*):

« Item si et emptor et venditor scit furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur: si emptor solus scit, non obligabitur venditor nec tamen ex vendito quicquam consequitur, nisi ultro quod convenerit praestet: quod si venditor scit, emptor ignoravit, utrinque obligatio contrahitur, et ita Pomponius quoque scribit. »

Se il compratore e il venditore conoscono la provenienza furtiva della cosa dedotta nel contratto, non sorgono obblighi nè dall'una nè dall' altra parte. Se il solo compratore ne è consapevole, il venditore non sarà obbligato, e quegli nulla conseguirà dalla vendita, a meno che il venditore non eseguisca spontaneamente la prestazione di ciò che si è convenuto. Viceversa, se il venditore sappia, il compratore ignori, si costituiscono obbligazioni da entrambi i lati. Qui però non si deve

intendere, che esista la compra-vendita; si bene, che si verifica la responsabilità *immediata* del venditore.

§ XIV.

Secondo i principi del diritto moderno nessuno dubita, che possano formar oggetto di compra-vendita le cose genericamente indicate. Si vendono diecimila ettolitri di vino, ventimila quintali di grano, senza indicarne la qualità o l'origine: un contratto in questi termini è valido ed efficace.

Lo stesso concetto è stato concordemente ritenuto, fino a questi ultimi tempi, da gl'interpetri del diritto romano. Nella dottrina moderna invece si è sostenuto, e con molto successo, il contrario. È vero—si è detto - che le fonti si occupano in moltissimi punti della vendita di cose fungibili in genere; ma è vero altresi, che in tutti i passi a ció relativi si parla di quantità concrete già esistenti in un determinato luogo: diecimila ettolitri di vino della tale cantina, ventimila quintali di grano del tale magazzino. Il caso puro e semplice di vendita di cosa determinata in genere, è vano ricercarlo nelle fonti.

L'osservazione è giusta, ed esatta è la deduzione che se ne è ricavata: che, cioè, il diritto romano respinse il concetto di *venditio generis*, come quello che si opponeva direttamente all'indole del contratto. La cosa doveva essere sempre determinata o determinabile: se si voleva conchiudere una *venditio generis* bisognava ricorrere non alla compra-vendita, ma alla stipulazione.

Di ciò può assegnarsi una ragione essenzialmente storica. La compra-vendita fu ammessa nei primi tempi quasi per eccezione, presentandosi essa spoglia delle formalità che secondo i principi del diritto antico erano elemento necessario di ogni negozio giuridico. Quindi si volle per lo meno che i termini del contratto fossero certi fin da principio, e si escluse la *venditio generis*, in cui tale certezza non vi è. Essa poteva però formare oggetto di stipulazione, perchè nella stipulazione si ha la forma

solenne che salva tutto, che copre le imperfezioni e le irregolarità della sostanza.

§ XV.

Il prezzo. — *Pretium* è la prestazione che deve eseguire il compratore. Si suol dire, che il prezzo deve consistere in danaro: e che dev' essere certo, giusto e vero. Solo il primo di questi requisiti è indiscutibilmente esatto: dei rimanenti qualcuno è erroneo, qualche altro deve intendersi con opportune limitazioni.

§ XVI.

Il prezzo deve consistere in *pecunia numerata*. Se invece di danaro formi oggetto della contro-prestazione una cosa di qualunque altra specie, il contratto non è più una compra-vendita, ma una permuta.

Ciò però era controverso nelle scuole antiche dei giureconsulti, come ne fanno fede Gaio in un luogo delle sue Istituzioni, e più dettagliatamente Paolo nel fr. 1 § 1 *de contrah. empt.* (PAULUS *libro trigensimo tertio ad edictum*):

« Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur, veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem. Sabinus et Cassius esse emptionem et venditionem putant: Nerva et Proculus permutationem, non emptionem hoc esse. Sabinus Homero teste utitur... sed verior est Nervae et Proculi sententia: nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit. »

Il giureconsulto riferisce, che anche a' suoi tempi si dubitava, se potesse qualificarsi come compra-vendita un contratto in cui una delle prestazioni non era in danaro: come per esempio quando si dà una toga per ricevere una tunica. Sabino e la sua scuola stavano per l'affermativa, fondandosi su una erronea interpetrazione di certi versi di Omero, che sono riportati nel

passo; all'incontro Proculo sosteneva, che si trattasse di permuta. Paolo accoglie questa seconda opinione, la quale — come ci è attestato da varie costituzioni imperiali — prevalse anche nel diritto giustinianeo. E la ragione che ne dà è la seguente. Il vendere è una operazione diversa dal comprare, come il compratore è una persona diversa dal venditore, e il *pretium* è una cosa diversa dalla *merx*; invece la caratteristica della permuta è appunto questa, che non si può distinguere, quale delle parti sia il venditore, quale il compratore. Ora, tale caratteristica si riscontra perfettamente nella ipotesi proposta.

Stando ai termini del testo, vi è un' altra ragione da cui è escluso, che qui possa trattarsi di compra-vendita. Il verbo *dare* usato in esso indica sempre, secondo il linguaggio delle fonti, un trasferimento di proprietà; mentre nella compra-vendita si trasferisce il solo possesso.

§ XVII.

Tuttavia il contratto non cambia natura, nel caso che oltre il prezzo fissato in danaro si sia anche convenuta una prestazione accessoria che lo completi. Tale prestazione può concretarsi nel trasferimento della proprietà di una cosa, o nella traslazione di un diritto, o nell' assunzione di un obbligo di fare.

Di questa figura di compra-vendita si hanno alcuni notevoli esempi nel fr. 6 § 1 e 2 *de actionibus empti venditi* 19, 1 (POMPONIUS *libro nono ad Sabinum*):

« Si vendidi tibi insulam certa pecunia et ut aliam insulam meam reficeres, agam ex vendito, ut reficias: si autem hoc solum, ut reficeres eam, convenisset, non intellegitur emptio et venditio facta, ut et Neratius scripsit. »

« Sed si aream tibi vendidi certo pretio et tradidi, ita ut insula aedificata partem dimidiam mihi retradas, verum est et ut aedifices agere me posse ex vendito et ut aedificatam mihi retradas: quamdiu enim aliquid ex re vendita apud te superesset, ex vendito me habere actionem constat. »

Se ti ho venduto un fabbricato per un prezzo stabilito in

danaro, e col patto, che dovrai riattarmi un altro fabbricato che mi appartiene, potrò con l' azione *ex vendito* domandare l' esecuzione delle riparazioni. Qui dunque da un lato si vende una casa, dall' altro si paga a titolo di prezzo una somma di danaro, e inoltre si assume l' obbligo di fare le riparazioni occorrenti a un altro edificio. Ebbene, questo contratto non esce dall' orbita della compra-vendita, perchè la prestazione accessoria pattuita non ne altera il carattere sostanziale.

Invece — si soggiunge — se sia stato assunto semplicemente l' obbligo delle riparazioni, non vi è compra-vendita, perchè manca addirittura il prezzo in *pecunia numerata*.

Analogo è il caso contemplato nel § 2. Ti ho venduto una certa estensione di suolo edificatorio per un prezzo determinato, e con questa condizione, che vi costruirai una casa e me ne consegnerai la metà. È chiaro, che potrò convenirti con l' *actio ex vendito* per costringerti a edificare la casa, se ancora non l' hai fatto, o a consegnarmene la metà, una volta che l'abbi edificata: infatti io ho diritto di sperimentare l' azione derivante dal contratto di vendita fin tanto che rimane presso di te una parte qualunque della cosa venduta.

Anche oggi càpita di frequente di dover applicare queste regole, perchè non è raro che nella vendita di grandi zone di terreno destinate alla costruzione di nuovi palazzi il compratore, oltre l' obbligo del prezzo, che si determina per lo più a metro quadrato, assuma anche quello di costruire uno dei suddetti palazzi a favore del cedente. Qui a rigore di termini si dovrebbe dire, che vi è una vendita e una locazione di opera, ma siccome il contratto non si può scindere, si deve affermare che vi è soltanto una compra-vendita; poichè questa è la norma generale: che nel determinare l' indole di un negozio giuridico si debba guardare non già alle particolarità più o meno rilevanti che esso può presentare, ma a tutto l' assieme di esso, alla *origo negotii*, alla presunta intenzione delle parti.

§ XVIII.

Il prezzo deve essere certo. Non sarebbe razionale però concepire questo requisito della certezza nel senso, che il prezzo deve essere in ogni caso determinato fin dall' inizio del contratto in una somma fissa di danaro. Talvolta esso è incerto attualmente, ma si potrà determinare in avvenire con un mezzo prestabilito dalle parti. Ciò deve bastare perchè possa dirsi, che intorno al prezzo vi è la certezza.

Il diritto romano però non segue in tutto e per tutto i suddetti principi in materia di compra-vendita: e questo è un altro dei modi onde si fa sentire la preoccupazione di volere, mancando la garanzia della forma, almeno la sicurezza degli elementi contrattuali. Da ciò deriva, che in parecchi casi i giureconsulti si fanno guidare da criteri alquanto più ristretti degli ordinari. Si pretendeva, fra l' altro, che i contraenti nello stabilire l' accordo dessero prova della serietà del loro consenso, avendo di mira in modo certo e preciso l' ammontare del prezzo.

Troviamo intanto due stranissime decisioni di Ulpiano, che si allontanano completamente dai riferiti concetti.

Fr. 7 § 1 *de contrah. empt.* (Ulpianus *libro vicensimo octavo ad Sabinum*):

« Huiusmodi emptio ' quanti tu eum emisti ', 'quantum pretii ' in arca habeo ', valet : nec enim incertum est pretium in tam evidenti venditione ; magis enim ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est. »

Una vendita in cui il prezzo sia indicato nei seguenti termini: *ti pagherò l' identica somma per cui la cosa fu venduta a te*, ovvero: *ti pagherò tutto ciò che tengo in cassa*: è valida. E per verità non si può chiamare incerto il prezzo di fronte a una pattuizione così chiara: qui, piuttosto che di incertezza reale, fa d' uopo parlare di ignoranza intorno all'ammontare del prezzo.

Ora, nella prima delle ipotesi formulate, se il compratore

era perfettamente all' oscuro del prezzo per cui l'altro ha comprato, si può dire che sussista una determinazione seria da parte sua? E come mai può la certezza oggettiva sostituirsi alla certezza soggettiva per modo, da far sorgere un obbligo indeterminato a carico di chi non ne conosceva, neppure approssimativamente, l' estensione?

Peggio ancora nel secondo caso. Può darsi benissimo, che nella cassa del compratore non ci fosse niente; e allora sarà giuridicamente logico conferire efficacia a un contratto simile? Senza dubbio, l' ammontare delle somme che sono in cassa si può in qualunque istante determinare con esattezza matematica, e da questo lato è giusto dire, che il prezzo è certo; ma ciò non dà la garanzia, che il venditore si sia seriamente determinato a vendere a quelle condizioni.

Conviene dunque supporre, che in entrambi i casi Ulpiano sottintenda, che vi sia una qualche scienza precedente da parte del compratore o del venditore; altrimenti il passo non si spiega. La determinazione del prezzo deve potersi fare, almeno all' ingrosso, perchè il consenso su di esso possa dirsi serio e quindi produttivo di conseguenze giuridiche.

§ XIX.

La regola, che il prezzo deve essere certo, ci conduce a discorrere del caso in cui la determinazione del prezzo è rimessa all'arbitrio di un terzo.

L' interessantissimo argomento è trattato in un testo di fondamentale importanza delle Istituzioni, il § 1 *de emptione et venditione* 3, 23:

« Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest. sed et certum pretium esse debet. alioquin si ita inter aliquos convenerit, ut, quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empta: inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, sive constat venditio sive non. sed nostra decisio ita hoc constituit, ut, quotiens sic composita sit venditio ' quanti ' ille aestimaverit ', sub hac condicione staret contractus, ut, si

34

quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretium persolvatur et res tradatur, ut venditio ad effectum perducatur, emptore quidem ex empto actione, venditore autem ex vendito agente. sin autem ille qui nominatus est vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto. quod ius cum in venditionibus nobis placuit, non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere. »

E' indispensabile stabilire il prezzo: poichè senza il prezzo nessuna compra-vendita può giungere a perfezione. Inoltre il prezzo deve essere certo. Quando poi le parti abbiano convenuto, che il prezzo sarà determinato secondo la stima che sarà fatta da Tizio: in tal caso gli antichi discutevano accanitamente, se sussistesse o no la compra-vendita. Sul proposito una nostra decisione dichiarò che, ogni qual volta nella vendita il prezzo è rimesso alla stima di un terzo, il contratto esiste sotto questa condizione, che, se la persona indicata determinerà il prezzo, secondo la stima da lui fatta si paghi il prezzo suddetto e si consegni la cosa, talchè la vendita acquisti efficacia, e il compratore e il venditore abbiano diritto, ciascuno per parte sua, alle relative azioni. Invece, se l'arbitro nominato non abbia voluto o non abbia potuto fare la determinazione, la compra-vendita è nulla, non essendo fissato prezzo di sorta. La quale regola, se è vera per la compra-vendita, è logico che si applichi altresì alla locazione.

I contraenti possono essersi rimessi o ai risultati di una perizia da eseguirsi da persone tecniche designate, o semplicemente al giudizio di una terza persona. Nel primo caso non vi era dubbio che il contratto fosse valido; non altrettanta concordia di opinioni vi era circa la seconda ipotesi, anzi dal passo esaminato rileviamo, che questo punto era oggetto di vivissime controversie fra i giureconsulti antichi. Si comprende, come ai conservatori ripugnasse accettare un simile concetto, che sovvertiva il principio della certezza assoluta nei termini del contratto; mentre al contrario esso era accolto senza difficoltà dalla parte che amava introdurre delle razio-

nali riforme, come era ammesso in tutto il campo del diritto delle obbligazioni.

In generale il diritto romano conobbe due modi di far dipendere la determinazione della estensione di un obbligo dall'arbitrio di un terzo. Si diceva, che questi poteva dare il suo responsoo secondo le proprie vedute, indipendentemente da qualunque norma; o pure che doveva giudicare secondo giustizia, come *bonus vir*. Vale la pena di fermarsi ad illustrare questa partizione, la quale è vera ed ha importanza anche per diritto moderno, specialmente in materia di compromesso, nel quale gli arbitri d'ordinario pronunziano la loro sentenza secondo le regole di diritto e di equità, ma possono essere anche autorizzati dalle parti a giudicare come amichevoli compositori (cod. proc. civ. art. 20).

La conseguenza della riferita distinzione è che, quando il terzo ha facoltà di decidere seguendo il puro e semplice arbitrio, il suo pronunziato ha efficacia di legge fra le parti, e, se anche fosse contrario alla logica e alla morale, non può essere attaccato con alcun mezzo; invece, se gli è stato imposto di giudicare come *bonus vir*, la decisione è censurabile, e contro di essa si può ricorrere per dolo e per colpa lata, onde stabilire, fino a qual punto si sia attenuto alla giustizia.

Vediamo in che cosa consistano, secondo le fonti, queste due specie di arbitrio, e a quali rapporti giuridici siano state ritenute applicabili.

Fr. 76 *pro socio* 17, 2 (PROCULUS *libro quinto epistularum*):

« Societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. existimo autem melius te quaesiturum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quam virum bonum constituere oportuisset. arbitrorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itnm est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri

arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat. »

Fr. 77 eod. (PAULUS *libro quarto quaestionum*):

« (veluti cum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat): »

Fr. 78 eod. (PROCULUS *libro quinto epistularum*):

« in proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est. »

Stringesti con me un contratto di società, col patto, che Nerva, nostro comune amico, avrebbe determinato le quote sociali. Nerva stabilì, che tu dovessi contribuire per una terza parte, io per i rimanenti due terzi. Mi domandi, se per il diritto relativo al contratto di società tale determinazione debba avere efficacia, o se, malgrado la decisione dell' arbitro, dovremo contribuire in parti eguali.

In verità reputo, che avresti fatto meglio a stabilire diversamente i termini della questione: domandando cioè, se dovremo contribuire alla società in conformità delle quote fissate da Nerva, o pure in conformità di quelle che avrebbe stabilito un *probus vir*. Si sa difatti, che vi possono essere due specie di arbitri, secondo che si giudica in modo da doversi senz' altro sottostare alla sentenza, giusta o ingiusta che sia — come avviene, quando si va dinanzi all' arbitro in base a un compromesso — ; o pure in modo, che la decisione debba uniformarsi a ciò che nello stesso caso avrebbe stabilito un uomo giusto, e ciò anche se sia stata espressamente indicata la persona dell' arbitro — come si verifica, quando nel contratto di locazione si dichiara, che l'opera sarà fatta secondo l'arbitrio del locatore. Per ciò che riguarda la proposta questione sono di avviso, che debba adottarsi la seconda specie di arbitrio: e ciò principalmente per il riflesso, che il giudizio di società è di buona fede.

Ed ecco come qui si delineano le due figure di arbitrio, e si dichiara, che nel contratto di società l'arbitro deve pronunziare come *probus vir*. In un altro passo si va ancora più in là, poi-

chè si afferma, che la determinazione delle quote sociali può esser fatta anche da uno dei soci.

Fr. 6 eod. tit. (POMPONIUS *libro nono ad Sabinum*):

« Si societatem mecum coieris ea condicione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae pecuniae in societatem collaturus sit. »

Se tu abbi fatto meco una società, a condizione che tu determinerai le quote sociali, stimo che con ciò abbiamo inteso rimetterci al tuo arbitrio come *probus vir* ; onde è giusto che la determinazione si faccia non già per parti eguali, ma in proporzione del contributo che ciascuno di noi reca alla società sia di intelligenza e di operosità che di danaro.

Anche in questo caso dunque il socio deve regolarsi come un *probus vir*, e il suo responso è censurabile.

Ritornando ora alla compra-vendita, è indubitato che ad essa non sono applicabili gli esposti principi intorno all' arbitrato *boni viri*, quantunque, come la società, anche la compra-vendita sia un contratto di buona fede. Difatti nella società, quando manchi la determinazione delle quote da versarsi da ciascun socio, vi supplisce la legge dichiarando, che dovranno contribuire tutti a parti eguali; ma nella compra-vendita, quando non vi è indicazione del prezzo, manca qualunque determinazione legale. Ciò spiega perchè, mentre nella società fu ammesso senza ostacolo in ogni tempo, anche anticamente, che si potesse affidare al giudizio di un terzo o magari di uno dei contraenti la determinazione delle quote; nella compra-vendita invece vi erano gravi dissensi in proposito, come ci attesta il passo delle Istituzioni.

Giustiniano pose fine a tali dissensi con una disposizione legislativa in cui dichiarò, che la compra-vendita in cui la determinazione del prezzo è rimessa al giudizio di un terzo è valida sì, ma condizionale. Se il terzo emetterà la sua decisione, il contratto s'intenderà perfezionato nel momento in cui

ciò avverrà; se invece non vorrà o non potrà farlo, la compra-vendita vien meno come se mai avesse avuto luogo.

Ora, questo principio è assolutamente una esagerazione, e piuttosto che rispondere al sistema generale del diritto giustinianeo sembra una reminiscenza delle idee antiche. Non è razionale far dipendere l'esistenza stessa del contratto dal capriccio di una terza persona, che dev'essere quella indicata e non può essere altra. Dovrebbe darsi alle parti la facoltà di sostituirla, o magari di far procedere alla determinazione dal giudice, come è ammesso nel nostro diritto (cod. civ. art. 1451), e come era ammesso anche dal diritto romano in qualche caso speciale, come per esempio nel caso del fr. 16 § 9 *de pignoribus et hypothecis etc.* 20, 1 (MARCIANUS *libro singulari ad formulam hypothecariam*):

« Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si inter certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt. »

Si tratta di ciò. Tizio dà in pegno o in ipoteca una determinata cosa, col patto, che se fra un certo termine non avrà sodisfatto il suo debito, il creditore potrà ritenere la cosa a titolo di compra-vendita per il giusto prezzo, il quale sarà determinato solo allora da persona da destinarsi: perchè in tal caso si ritiene, che vi sia in certo qual modo una vendita condizionale.

Qui il giureconsulto imagina dunque un contratto di compra-vendita sottoposto a condizione sospensiva, che è costituita dal fatto della mancanza di pagamento, e afferma, che la designazione del terzo potrà farsi anche posteriormente alla conchiusione del contratto, ossia quando la condizione si verificherà.

In altri passi si dice, che il prezzo in una compra-vendita di questo genere può essere fissato anche dal primo momento, ma che sarà lecito alle parti, avveratasi la condizione, deferire

a un terzo la facoltà di accrescerlo o di diminuirlo per effetto delle circostanze sopravvenute.

Ripetiamo, questi sono casi speciali, i quali dimostrano soltanto, che i giureconsulti sentivano il bisogno di allontanarsi, nelle applicazioni pratiche, da certi criteri falsi o troppo ristretti tramandati dalla tradizione giuridica precedente. In generale però nella compra-vendita è vero, che il rifiuto del terzo, o l' impossibilità in cui egli si trovi di determinare il prezzo, riducono nel nulla il contratto, come per il verificarsi di una condizione risolutiva. Il testo delle Istituzioni è là per affermarlo. Non si cancellano di un colpo tutte le vestigia di una tradizione secolare: e neppure nel periodo giustinianeo si giunse a liberare il diritto dalle pastoie di pregiudizi inveterati.

§ XX.

Il prezzo deve essere giusto. Quale significato si può mai attribuire a questa frase, quando sappiamo che nel diritto classico era lecito alle parti circonvenirsi a vicenda?

Nel diritto imperiale più recente, a partire da Costantino, fu introdotta la rescissione della vendita per lesione *ultra dimidium*, ossia quando si fosse pagato meno della metà del giusto prezzo. Ne parleremo quando ci occuperemo dei modi di estinzione della vendita.

§ XXI.

Il prezzo deve essere vero. Ma questo non è un requisito speciale della compra-vendita. In tutti i contratti gli elementi constitutivi devono essere non simulati. La simulazione assoluta, per il principio *plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur*, mena a nullità.

Nel caso attuale l' applicazione del citato principio mena a ciò, che, quand'anche le parti abbiano dichiarato espressamente di voler conchiudere una compra-vendita, e abbiano indicata

la cosa e stabilito il prezzo; se il prezzo non sia stato effettivamente sborsato, non sorge una compra-vendita, sì bene una donazione.

Fr. 36 *de contrah. empt.* (ULPIANUS *libro quadragensimo tertio ad edictum*):

« Cum in venditione quis pretium rei ponit donationis causa non exacturus, non videtur vendere. »

Quando nel vendere una cosa se ne stabilisce il prezzo, ma il venditore non ha intenzione di esigerlo perchè vuol donare non vi è contratto di vendita.

Bisogna però che le parti abbiano fin da principio l'intento, che il prezzo non sia che una vuota apparenza diretta a frodare i terzi. Che se nell' addivenire al contratto vi era la seria intenzione di fare una vendita, e poscia il venditore abbia rimesso il pagamento del prezzo al compratore: la vendita in questo caso sussiste, e la successiva rimessione non fa che estinguere l' obbligazione derivante da essa.

Ulpiano approfondisce poi la questione, distinguendo l'assoluta mancanza di intenzione di pagare un prezzo qualunque dalla indicazione di un prezzo bassissimo. Fr. 38 eod. tit. (ULPIANUS *libro septimo disputationum*):

« Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet: totiens enim dicimus in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est: quotiens vero viliore pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est venditionem valere. hoc inter ceteros: inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est. »

Se alcuno a fine di fare una donazione abbia venduto una cosa per un prezzo più basso di quanto realmente vale, la vendita è valida: poichè diciamo, che la vendita è nulla allora soltanto, che sia fatta tutta quanta a scopo di donare; invece, quando a tale scopo la cosa venga ceduta per un prezzo vile, indubbiamente la vendita è efficace. Ciò va detto nei rapporti fra estranei; perchè fra marito e moglie anche la vendita

fatta per un prezzo basso, a fine di mascherare una donazione, è nulla.

La vendita a prezzo vile non fu sempre regolata dalle stesse norme nei vari periodi storici. Nei primi tempi si arrivò a ritenere, che fosse valida la vendita fatta per un solo sesterzio, *nummo uno*. Qui il prezzo è tanto basso, che si può equiparare alla mancanza di prezzo; e per spiegarne l'efficacia bisogna ricordare i principi dell' antico diritto relativamente alla *mancipatio*. La *mancipatio* era un atto solenne che si adoperava come strumento in ogni sorta di transazioni civili. Essa serviva anche per la compra-vendita, onde il sesterzio che si consegnava non rappresentava già il prezzo effettivo, che in realtà restava fuori dell'atto, ma era un simbolo della esistenza di esso. Si trattava dunque non tanto di una vendita simulata quanto di una vendita simbolica.

Nel diritto classico cominciò a penetrare il concetto della nullità quando il prezzo fosse inferiore al giusto, fin che si arrivò nel periodo giustinianeo ad ammettere la *lesio enormis* come causa di rescissione.

Il giureconsulto poi allude alla vendita simulata fra marito e moglie, la quale è — anche nel diritto patrio — *irrita, nullius momenti*, non ostante che non tutto il prezzo fosse finto. E' notevole che, nelle vendite simulate fra estranei la vendita cade ma rimane in piedi la donazione, salvo gli eventuali diritti dei terzi di farla ridurre; viceversa, nei rapporti *inter virum est uxorem* vien meno e la vendita e la donazione, onde evitare le possibili frodi.

Nel diritto moderno la teoria degli atti simulati ha una capitale importanza. La letteratura giuridica che vi si riferisce è enorme e non accenna a diminuire. La simulazione relativa di solito invalida l'atto simulato ma lascia sussistere l'atto dissimulato; invece nella simulazione assoluta — come nella vendita fra marito e moglie a scopo di donazione — spariscono l'uno e l'altro. Un' altra applicazione di carattere pratico è quella che riguarda la forma. Se si fa una vendita che cela una donazione, sotto forma di scrittura privata, sussisterà la donazione,

che avrebbe richiesto l'atto pubblico? La dottrina francese ritiene, in maggioranza, che basti, per la validità dell'atto dissimulato, che sia rivestito della forma richiesta per l'atto simulato. Siffatta opinione, secondo me, è poco accettabile, e contro di essa si è venuta formando una forte corrente, anche presso di noi, specialmente nella giurisprudenza.

§ XXII.

Fermiamoci ora ad esaminare alcune figure di compra-vendita che presentano un aspetto particolare.

Vendita a contanti, *vendita a credito*. Nell' una lo scambio delle prestazioni avviene da mano a mano; nell'altra al contrario il venditore consegna la cosa senza ricevere il prezzo, o viceversa il compratore paga il prezzo senza ricevere la cosa. Manca, in entrambi questi casi, la contemporaneità delle prestazioni.

§ XXIII.

Vendita a rate. È una sottospecie della vendita a credito. La cosa si consegna al momento della conchiusione del contratto; non così il prezzo, che vien diviso in rate settimanali, o mensili, o trimestrali, ecc.

La vendita a rate ha acquistato un'importanza grandissima nella vita pratica moderna, poichè il disagio economico che affligge le classi lavoratrici fa sì, che il più delle volte l'operaio, mentre ha assoluta necessità di procurarsi gli strumenti del mestiere, non può disporre in una sola volta del prezzo occorrente per pagarli. Ora, avviene naturalmente che il venditore, abusando della sua prevalente posizione economica e intellettuale, costringa l'operaio ad accettare condizioni onerosissime. Anzi in questi ultimi tempi, per meglio assicurarsi tutti i vantaggi del contratto, gl'industriali sono arrivati a dare al contratto stesso la forma di una locazione. Ed ecco in che modo.

A parecchi sarà capitato di vedere qualcuno dei moduli di contratto, per lo più stampati, che usano le grandi compagnie fabbricanti di macchine da cucire per la vendita a rate dei loro prodotti. Il compratore assume l'aspetto di conduttore, e la rata settimanale o mensile che si obbliga a pagare figura come rata di fitto della macchina. Nel contratto si stabilisce che, dopo che il conduttore avrà sborsato un determinato numero di rate, la macchina resterà di sua proprietà. La conseguenza di ciò è che, se il compratore non paga anche una sola rata, sia anche l'ultima, la società può domandare la risoluzione del contratto e quindi riprendersi la macchina senza restituire le rate già ricevute.

Tale conseguenza è indubitatamente iniqua; e pure nel nostro diritto non è dato evitarla e temperare, in omaggio alle esigenze pratiche, il rigore del principio che sancisce l'eguaglianza giuridica dei contraenti. Il nostro codice civile s'intona alla più sconfinata libertà nelle contrattazioni, tanto è vero che non stabilisce limiti all'interesse. Sotto l'impero di questo sistema il giudice non può che accertare, se la parte abbia liberamente voluto il contratto sotto quella forma e con quelle condizioni: ogni altra ricerca sfugge dai confini della sua competenza.

In Germania il legislatore ha creduto di dover intervenire onde rimediare a questo stato di cose. Ed è così che nella parte generale del recentissimo codice tedesco troviamo dichiarato che, quando in un contratto si addiviene a una pattuizione che è conseguenza della posizione preponderante di una delle parti, il contratto è nullo perchè immorale. Perciò anche si creò, onde regolare la materia, la legge speciale del 1896, nella quale si stabilì che, risolvendosi il contratto, il compratore ha diritto a ripetere le rate già pagate, ma d'altra parte ha l'obbligo di corrispondere l'uso e il deterioramento della cosa per tutto il tempo che rimase presso di sè.

§ XXIV.

Vendita con patto commissorio. Per patto commissorio si intende la condizione risolutiva tacita, che secondo il nostro diritto inerisce a tutti i contratti bilaterali (cod. civ. art. 1165).

Anche in diritto romano esso veniva considerato come una condizione risolutiva, non già sospensiva. Subì varie vicende, specialmente quando fosse aggiunto al contratto di pegno, nel quale, secondo la maggior parte degli scrittori, era valido per diritto classico, inefficace per diritto giustinianeo. È notevole, poi, che il diritto romano non dava al giudice la facoltà di accordare una congrua dilazione e quegli altri temperamenti che sono ammessi dal diritto moderno.

Che riguardo alla compra-vendita il patto commissorio fosse lecito, lo dice senza ambagi Ulpiano nel fr. 1 *de lege commissoria* 18, 3 (Ulpianus *libro vicensimo octavo ad Sabinum*):

« Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvi emptio quam sub condicione contrahi videatur. »

Venduto un fondo col patto commissorio, è preferibile dire che la vendita sia sottoposta a condizione risolutiva, anzichè a condizione sospensiva. Quindi, se entro il termine fissato nel contratto il compratore non paga il prezzo, la vendita si annulla.

Studiamo alcune fra le più importanti conseguenze giuridiche a cui può dar luogo il patto commissorio nella compravendita.

Fr. 7 eod. tit. (Hermogenianus *libro secundo iuris epitomarum*):

« Post diem commissoriae legi praestitutum si venditor pretium petat, legi commissoriae renuntiatum videtur, nec variare ed ad hanc redire potest. »

Trascorso il giorno stabilito dal patto commissorio, se il venditore domanda il prezzo, si ritiene che abbia rinunziato a

valersi del patto, nè potrà in sèguito cambiare idea e chiederne l'adempimento.

Per esempio: io ti vendo una casa, con la condizione che se per il 1° gennaio 1900 non me ne avrai pagato il prezzo, la vendita sarà nulla, *res inempta sit*. Scaduto il termine, sarà in mia facoltà di domandare o il pagamento del prezzo o la risoluzione del contratto; ma dopo che avrò adottato una di queste due vie, non potrò più ritrarmi indietro e appigliarmi all'altra. L'esercizio di un mezzo consuma l'altro. *Electa una via non datur recursus ad alteram*: è uno dei brocardi che si citano più comunemente — il più delle volte, ahimè! a sproposito — nelle allegazioni forensi.

Vediamo che succeda, quando il venditore preferisca chiedere la risoluzione del contratto. Fr. 6 pr. eod. tit. (SCAEVOLA *libro secundo responsorum*):

« De lege commissoria interrogatus ita respondit, si per emptorem factum sit, quo minus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemptos fore et id, quod arrae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum. »

Interrogato intorno al patto commissorio Scevola rispose, che se il compratore non vi abbia ottemperato, e il venditore voglia giovarsene, il contratto si considera come non avvenuto, e ciò che si è consegnato per caparra o per qualsiasi altro titolo rimane presso il venditore.

Qui dunque si dice, che, quando non si sia osservato il termine stabilito dal patto commissorio, non solo il contratto scompare addirittura ma il venditore ha anche il diritto di tenersi la caparra e tutto ciò che abbia ricevuto, quindi anche le rate di prezzo pagategli. L'equità invece vorrebbe che il compratore, risoluto il contratto, potesse riprendersi le suddette rate, salvo a dover risarcire il deterioramento recato alla cosa. Si giustifica pienamente, che il venditore non debba restituire la caparra, poichè questa è una specie di pena in cui s'incorre per l'inadempimento dell'obbligo; ma non si giustifica affatto, che debba arricchirsi a danno del compratore appropriandosi la parte di prezzo già pagata. Intanto questo principio, per

quanto sia iniquo e possa menare a conseguenze gravosissime data la posizione economica del compratore, non è però meno vero secondo il diritto romano. Che sia così, è confermato in modo esplicito nel fr. 4 § 1 eod. tit. (ULPIANUS *libro trigensimo secundo ad edictum*):

« Sed quod ait Neratius habet rationem, ut interdum fructus emptor lucretur, cum pretium quod numeravit perdidit: igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emptor aliquam partem pretii dedit. »

Ben a ragione Nerazio afferma che il compratore, quando ha perduto il prezzo pagato, lucra almeno i frutti prodotti dalla cosa nel tempo intermedio fra la conchiusione del contratto e l' avverarsi della condizione. Pertanto il responso di Nerazio allora si applica, in omaggio all' equità, quando il compratore abbia sborsato una parte del prezzo.

L'interpetrazione dei due passi non è pacifica nella dottrina. Alcuni credono, che l' espressione *aliud nomen* usata nel fr. 6 pr. debba riferirsi a qualche cosa di analogo alla caparra; e che nel fr. 4 § 1 Ulpiano presupponga l' esistenza di un patto speciale per cui, verificatasi la condizione risolutiva, il venditore sia dispensato dal restituire la parte di prezzo già percepita.

Io ritengo, che siffatte obiezioni non abbiano alcun valore. Il modo di esprimersi del fr. 6 è così generico, che proprio non si presta ad essere coartato come vorrebbero gli avversari; quanto al dire, che nel fr. 4 § 1 si allude a un patto speciale, è un' asserzione gratuita che non trova nessun appoggio nella lettera del testo. È meglio dunque accettare così come è il risultato dei passi, piuttosto che torcerne il senso.

Il patto commissorio ha efficacia *reale*, ossia si può invocare di fronte ai terzi. Per conseguenza, se nell' intervallo il compratore abbia alienato la cosa, o su di essa abbia costituito un diritto di servitù o di pegno, potrà il venditore far valere le sue ragioni contro il nuovo acquirente o il titolare della servitù o il creditore pignoratizio.

§ XXV.

Vendita a distanza. E' una specie di vendita che dà luogo a importanti quistioni teoriche e pratiche specialmente in diritto moderno. Supponiamo, che il compratore sia a Napoli, il venditore a Genova: in qual luogo dovrà eseguirsi la consegna della merce e s'intenderà perfezionato il contratto?

Quanto al primo punto, è chiaro che il venditore è obbligato a spedire la merce, se non vi è patto in contrario. Ma egli non si libera da ogni responsabilità nel momento in cui ha terminato di caricarla sul vagone ferroviario o sul piroscafo che deve trasportarla. Il pericolo rimane a lui fin che il vettore non l'abbia scaricata nel luogo di destinazione, poichè allora si considera che sia avvenuta l'esecuzione del contratto. Sono salvi — s'intende — gli effetti di una pattuizione diversa.

§ XXVI.

Vendita con patto di assaggio; vendita a prova; vendita a campione. Sono tutte forme usitatissime in Roma, e che si riconducono, in fondo, a un unico concetto. Si stabilisce fra le parti, che la compra-vendita avrà efficacia soltanto se il compratore gradirà la cosa — *si placuerit.*

Qui dunque l'esistenza del contratto si fa dipendere dal puro e semplice arbitrio del compratore. Si capirebbe, che fosse permesso ai contraenti di rimettersi all'*arbitrium boni viri*; ma una potestà così assoluta del compratore eccede ogni limite. Quando da un contratto non sorgono obbligazioni, si deve dire addirittura che contratto non esiste.

La cosa è strana, ma non è possibile metterla in dubbio. Citiamo, fra i molti passi che ne fanno fede, il § 4 *de empt. et vend.* 3, 23:

« Emptio tam sub condicione quam pure contrahi potest. sub condicione veluti 'si Stichus intra certum diem tibi placue- ' rit, erit tibi emptus aureis tot.' »

La vendita può essere pura o condizionale. E' condizionale quando, per esempio, si dice: se lo schiavo Stico entro un certo termine incontrerà il tuo gradimento, ti sia venduto per la tale somma.

La questione si riannoda alla teoria generale delle condizioni potestative e casuali, e più precisamente alla ipotesi in cui si rimette all' arbitrio di un terzo la conchiusione del negozio giuridico. Tali argomenti sono stati sviluppati nella loro sede opportuna (1); qui dobbiamo limitarci a un brevissimo accenno.

E' fuori ogni discussione, che il testatore non può rimettere all' arbitrio di un terzo la nomina di un erede; ma sarà valida una disposizione così concepita: *Tizio sia erede, se Sempronio vorrà?* I giureconsulti romani, a cominciare da Ulpiano, opinano concordemente per l' affermativa. Ciò non ostante un buon numero di scrittori si affatica a dimostrare il contrario, perchè — dicono — *testamentorum iura firma per se esse debent nec alicuius arbitrio pendere debent.*

Non vale la pena di sprecar tempo a dimostrare la futilità dell'argomento. Lasciamo che altri segua il vezzo di levarsi d'imbarazzo in ogni occasione ricorrendo alla sapienza spicciola di certe massime, quasi fossero responsi di oracolo: e creda di aver detto tutto, quando invece novantanove volte su cento la massima citata è ben lontana dall'avere il senso che le si vorrebbe attribuire. Spogliamoci di certi pregiudizi scolastici, ed esaminiamo la cosa unicamente al lume della logica naturale. Quale sarà mai la gran ragione per cui la validità dell'istituzione di erede può farsi dipendere dal caso fortuito e non dalla volontà di un terzo? Perchè dovremo dire efficace la condizione « si navis ex Asia venerit » e inefficace l'altra « si Sempronius voluerit»? Quali maggiori garanzie di serietà presenta il caso fortuito da renderlo preferibile alla decisione di un essere intelligente? Anzi, volendo sottilizzare, fra le due specie di condizione è più razionale certo la seconda: poichè il terzo indicato può essere una persona di fiducia del testatore, il quale ha voluto che costui, esaminando la condotta dell'erede, il contegno degli altri presunti

(1) Op. cit. pag. 270 e seg.

chiamati all'eredità, e tenendo conto di tutte le altre circostanze concrete, giudichi—meglio che non possa farlo egli stesso—se convenga mantener ferma l' istituzione. E infine, ponendosi da un punto di vista puramente psicologico, è fuori dubbio che la venuta della nave dall'Asia è il risultato di una grande quantità di circostanze estrinseche: ora, la determinazione della volontà umana è dovuta altresì all' impulso di mille cause esteriori. Anche da questo lato dunque una differenza di trattamento appare ingiustificabile.

Se tale conclusione è vera riguardo a gli atti di ultima volontà, a più forte ragione bisogna accoglierla per i contratti. Il diritto romano non si fermò qui, e ammise che lo stesso effetto potesse venir prodotto dalla volontà di uno dei contraenti, purchè, beninteso, non fosse una volontà cervellotica. Quindi nella compra-vendita poteva l'acquirente riserbarsi un certo spazio di tempo per ponderare, se fosse il caso di comprare o di rinunziare al contratto, e se gli convenissero la qualità della cosa e le condizioni offerte.

§ XXVII.

Vendita con patto di riscatto. Comunissima anche oggidì. Si stabilisce che, ove entro un determinato periodo di tempo il venditore voglia riprendersi la cosa venduta, il compratore non potrà rifiutarvisi. La seconda vendita, quando abbia luogo, si considera affatto distinta dalla precedente: ma il prezzo che il venditore deve sborsare per riavere la cosa è lo stesso di quello pagatogli, salvo gli effetti di patto speciale che ne abbia fissato uno diverso.

Il patto di riscatto ha efficacia puramente personale: onde, se allorchè il venditore lo esercita, trovi che il compratore ha già alienato la cosa, non avrà altra azione che quella di danni contro il compratore.

§ XXVIII.

Non meno usuale era in Roma il così detto *pactum addictiònis in diem*. La vendita si perfezionava subito; ma al venditore si concedeva facoltà di riprenderla, restituendo il prezzo, ove entro un termine stabilito gli fossero offerte condizioni migliori. In questo caso però il primo compratore poteva sempre domandare di essere preferito, accettando le nuove condizioni proposte.

A differenza del patto di riscatto, il *pactum addictionis in diem* aveva efficacia reale.

§ XXIX.

Fermiamoci ora su ciò che forma la parte sostanziale e caratteristica del contratto: intendiamo dire, su l' onere del pericolo della cosa venduta.

Non si tosto il contratto di compra-vendita si è perfezionato mediante l' incontro dei due consensi, il pericolo della cosa passa nel compratore, anche prima che essa gli venga materialmente consegnata.

Quindi, se la cosa perisca presso il venditore, e senza colpa di lui, quando già il compratore ha pagato il prezzo, non potrà questi ripeterlo neppure in parte; e viceversa, se il perimento avvenga nelle identiche condizioni, ma non sia stato ancora sborsato il prezzo, il compratore non avrà diritto di resistere per tal ragione all' *actio ex vendito* spiegata dal venditore per ottenerne il pagamento.

Siffatta disposizione presenta molte anormalità, come quella che, spezzando la connessione fra l' atto del comprare e quello del vendere, contradice in modo reciso al carattere sinallagmatico del contratto. Non se ne può peraltro mettere in dubbio l' esistenza, almeno nel periodo classico. Lo si rileva da un numero stragrande di passi: citiamo per tutti il § 3 *de empt. et vendit.* 3,23:

« Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptum res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit... »

Perfezionata che sia la compra-vendita — il che accade non appena si è formato l'accordo intorno alla cosa e al prezzo, non essendo richiesto l'atto scritto—il pericolo della cosa venduta passa immediatamente al compratore, quantunque questa non gli sia stata consegnata.

Quale ha potuto essere la ragione di una norma così eccezionale? Nella dottrina le spiegazioni che se ne dànno sono svariatissime, e tutte per lo più si connettono alle origini storiche della compra-vendita (vedi § III, pag. 246).

Se si ammette col PERNICE, che nei primi tempi la compra-vendita aveva carattere reale, è facile intendere, come con la consegna da mano a mano della cosa la proprietà e il pericolo di essa si trasferivano *illico et immediate* nel compratore; e non vi è difficoltà alcuna nello imaginare che questo carattere sia rimasto persistente anche nel diritto posteriore, a malgrado che il contratto avesse assunto una fisonomia affatto diversa da quella che aveva anticamente. Tale congettura è molto probabile, ma è lontana dalla certezza, perchè—come osservammo a suo luogo — non è sicuro il punto di partenza che ne forma la base.

Se invece si segue l'avviso di quegli scrittori i quali ritengono, che in origine la consegna della cosa da una parte e il pagamento del prezzo dall'altra davano luogo a due obbligazioni autonome perchè venivano assunte mediante due stipulazioni distinte: questa ipotesi serve ancor meglio a giustificare, come sia stato ammesso che il compratore debba sopportare il rischio della cosa prima di averla ricevuta.

Non è possibile dunque portare su le due riferite opinioni un giudizio assoluto. L'accogliere l'una piuttosto che l'altra dipende dal diverso modo di concepire la formazione storica della vendita. Vi è poi una terza opinione — che va respinta senz'altro — secondo cui il pericolo si addosserebbe al compratore per la colpa da lui incorsa, di non aver ritirato la cosa a

tempo. Il concetto è puerile: perchè prima di tutto possono concorrere tali circostanze da escludere qualunque colpa del compratore; e d'altronde il principio non si spiegherebbe nella vendita a distanza, nella quale colpa proprio non vi può essere, per la buona ragione che la cosa essendo lontana occorre un certo tempo per ritirarla.

La verità del principio esposto, per quanto possa sembrare fuori discussione di fronte alle innumerevoli testimonianze che ne offrono le fonti, è stata tuttavia messa in dubbio da alcuni scrittori. Costoro assumono, che i giureconsulti classici fecero distinzione fra il perimento che avviene prima della consegna, e quello che avviene dopo, e accollarono il pericolo, nel primo caso al venditore, nel secondo al compratore.

La fallacia di questa tesi non potrebbe esser meglio dimostrata che esaminando i tre luoghi del Digesto che si è soliti citare in appoggio di essa.

a) Fr. 13 (12) *de peric. et comm. rei vend.* 18,6 (PAULUS *libro tertio Alfeni epitomarum*):

« Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet »

Fr. 14 (13) eod. tit. (IULIANUS *libro tertio ad Urseium Ferocem*):

« eumque cum aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem legis Aquiliae: aut certe cum venditore ex empto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum aedile habuisset, ei praestaret. »

Fr. 15 (14) pr. eod. tit. (PAULUS *libro tertio epitomatorum Alfeni*):

« Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit. »

Si tratta di uno che, dopo aver venduti dei letti, li lascia esposti su la pubblica strada. L'edile li fa distruggere: a carico di chi dovrà essere questa perdita?

Bisogna — dicono i passi — distinguere. O i letti *erano stati consegnati* o, che vale lo stesso, la consegna non era potuta

seguire per colpa del compratore; e allora il pericolo era a carico di quest'ultimo: onde egli potrà agire contro l'edile con l'azione Aquiliana, se l'ordine della distruzione sia stato illegale, o anche rivolgersi contro il venditore con l'azione *ex empto* per farsi cedere le azioni che gli competano contro l'edile. O pure i letti *non erano stati consegnati*, e il compratore non ha avuto nessuna colpa di ciò, e in tal caso la sopporterà il venditore.

Ora, ciò non dimostra affatto che fino alla consegna il pericolo rimanga presso il venditore. La ragione della decisione è diversa. Il venditore dopo la conchiusione del contratto ha il dovere di custodire diligentemente la cosa venduta; e quale più grossolana mancanza di diligenza del lasciare i letti in mezzo alla via, quando si sa che ciò è proibito dai regolamenti? E' dunque la colpa che apporta una deroga al principio generale. Nè si risponda, che in Roma era abituale esporre i letti per istrada. Questa asserzione per lo meno avrebbe bisogno di essere provata, ciò che fin ora non si è fatto.

b) § 1 h. fragm.:

« Materia empta si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus, venditoris: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset. »

Quando la cosa comprata vada perduta per furto, la perdita è sopportata dal compratore o dal venditore secondo che sia o no stata consegnata. A tale effetto basta una tradizione simbolica: come per esempio se, vendute delle travi, il compratore le abbia segnate col proprio marchio.

Anche qui, come nel caso precedente, il motivo del decidere va ricercato nella colpa del venditore. Il furto non sarebbe avvenuto, se egli avesse usato la necessaria diligenza nella custodia. E' perciò che in altri luoghi troviamo detto, che il furto impegna la responsabilità del venditore, la rapina no: perchè il primo si può evitare, mentre l'altra è una *vis cui resisti non potest.*

c) Fr. 33 *locati conducti* 19,2 (AFRICANUS *libro octavo quaestionum*):

« ... nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi...».

Si è venduto o si è locato un fondo: poi è stato espropriato per causa di pubblica utilità. Il venditore o il locatore— dice il giureconsulto — rispondono del prezzo in base all'azione *ex empto* e a quella *ex conducto*; ma rispondono in questo senso, che dovranno restituire soltanto il prezzo percepito dall'espropriazione, senza calcolare il dippiù che potesse derivare dall'interesse del compratore nell'avere il fondo o del conduttore nel continuare a goderlo.

Il passo non si presta alla deduzione di norme generali, perchè il caso della *publicatio* è così speciale, da rendere assai verosimile il sospetto, che ci troviamo di fronte a una norma particolare. Del resto Africano si affretta a soggiungere, che la responsabilità del venditore non significa altro, se non che egli ha diritto di esigere il prezzo della espropriazione per poi restituirlo al compratore. E si spiega l'accenno alla mancanza di consegna: perchè, trovandosi ancora il fondo presso il venditore, è naturale che contro di lui si diriga l'espropriazione.

In definitiva, dobbiamo dire, che nelle ipotesi dei frammenti esaminati o il venditore è in colpa o è la specialità del caso concreto che detta la norma giuridica. Esse non valgono a distruggere le affermazioni concordi di una lunga serie di altri testi, che parlano di pericolo del compratore prescindendo dal fatto della consegna.

Che diremo, se la vendita cade su cose fungibili da separarsi da una determinata massa?

Si vendono mille ettolitri di grano da prendersi in un magazzino che ne contiene centomila. Qui, naturalmente, il rischio non può passare nel compratore quando si perfeziona il contratto, perchè in questo momento non si sa ancora, quali sono i mille ettolitri venduti. Il momento in cui il rischio si trasferisce non è determinato egualmente da tutti gli scrittori. Alcuni credono che basti la semplice separazione; altri richiedo-

no una soparazione fatta d' accordo fra le parti ; altri — e secondo me a ragione — pretendono che addirittura sia avvenuta la consegna.

Quanto poi alla vendita condizionale , si distingue il perimento della cosa dal deterioramento di essa. Il primo è sempre a carico del venditore , il secondo è sopportato dal compratore.

§ XXX.

La conseguenza del carattere di perfetta bilateralità che ebbe la compra-vendita nel diritto classico è, che da essa derivano in ogni caso obblighi da parte del compratore e da parte del venditore. Anzi gli uni in tanto possono esistere, in quanto esistono gli altri.

Anche sul concetto e su gli effetti pratici della bilateralità non mancano le discordie. Specialmente si discute—e si discusse anche presso i Romani — se il compratore possa agire per ottenere la consegna della cosa prima di aver pagato il prezzo. Sul proposito negli scritti dei giureconsulti troviamo menzione di tre sistemi diversi.

Nei primi tempi si accordava l'azione, e non vi era mezzo per resistervi. Lo attesta recisamente un passo di Varrone.

Gaio, invece, in un commentario delle sue Istituzioni, fa il caso seguente. Un *argentarius* vende per via dell'*auctio* , per conto di un suo cliente , una cosa pignorata ; ma nè riceve il prezzo nè consegna la cosa. L' acquirente ha bensì il diritto di agire *ex empto* per la consegna contro l'*argentarius;* ma questi può paralizzare l'azione allegando di non avere ancora avuto il prezzo. Sicchè è ammessibile l'azione, ma le vien contrapposta una eccezione.

Terzo sistema, che pare sia stato adottato nel periodo classico : manca del tutto l'azione. Vi accenna Ulpiano nel fr. 13 § 8 *de act. empti vend.* 19,1 (ULPIANUS *libro trigesimo secundo ad edictum*) :

« Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur,»

et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio : venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit. »

Il compratore, quando agisce *ex empto* per la consegna, deve offrire il prezzo, e deve offrirlo tutto, se vuole che l'azione sia ammessa. Il venditore difatti può ritenere la cosa venduta quasi a titolo di pegno per il prezzo dovutogli.

Dunque non si parla più di *exceptio non adimpleto contractu,* ma si esclude addirittura l' azione. Non è lecito agire per l' esecuzione dell' obbligo altrui, se prima non si è adempiuto all' obbligo proprio o non si offre di adempirvi. È questa la via più razionale e più equa, e la decisione di Ulpiano deve considerarsi come un logico risultato della bilateralità del contratto.

§ XXXI.

Le obbligazioni del compratore possono riassumersi così : pagare il prezzo, gl' interessi dal giorno in cui ha avuto il possesso della cosa, e le spese fatte dal venditore in ordine ad essa; ritirare la cosa nel luogo stabilito, senza dare incomodo al venditore.

I. — Pagamento del prezzo. Fr. 13 § 20 *de act. empti vend.* (ULPIANUS *libro trigesimo secundo ad edictum*) :

« Veniunt autem in hoc iudicium infra scripta. in primis pretium, quanti res venit... » L' azione *ex vendito* può rivolgersi ai seguenti punti: prima di tutto al prezzo per cui la cosa è stata venduta.

Non basta però che il compratore abbia trasferito il possesso delle monete ; si richiede, che ne trasferisca la proprietà. Fr. 11 § 2 i. f. cod. tit. (ULPIANUS *libro trigesimo secundo ad edictum*) : « .... emptor autem nummos venditoris FACERE cogitur. »

Potrà il compratore esimersi dall'obbligo di pagare il prezzo, mentre è sotto la minaccia della evizione? Papiniano afferma, che in tal caso potrà ritardarsene l'adempimento : fr. 19 (18)

§ 1 *de peric. vel comm. rei vend.* 18, 6 (PAPINIANUS *libro tertio responsorum*):

« Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emptor solvere non cogetur, nisi fideiussores idonei a venditore eius evictionis offerantur. »

Se prima che sia stato sborsato il prezzo sorga questione intorno alla proprietà della cosa venduta, il compratore non può esser costretto a pagare il prezzo, se il venditore non offra fideiussori idonei onde garantirlo dall' evizione.

Sembrerebbe dunque che il compratore potesse ritenere il prezzo durante le more del giudizio di evizione. Il passo però è alterato. Nella sua forma genuina lo troviamo riportato nel fr. 12 dei *Fragmenta Vaticana*, dove dice precisamente il contrario di ciò che gli fanno dire i compilatori giustinianei.

§ XXXII.

II. — Pagamento degl' interessi. Il compratore deve corrispondere gl' interessi sul prezzo dal giorno della tradizione: fr. 13 § 20 cit.:

« ... item usurae pretii post diem traditionis [veniunt in hoc iudicium]: nam cum re emptor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere. » Si tratta dunque di interessi compensativi: perchè non sarebbe giusto che il compratore si avvantaggiasse nello stesso tempo dei frutti della cosa e di quelli del prezzo.

§ XXXIII.

III. — Rimborso delle spese. Ulpiano ne determina i limiti nel § 22 h. fragm:

« Praeterea ex vendito agendo consequetur etiam sumptus, qui facti sunt in re distracta, ut puta si quid in aedificia distracta erogatum est: scribit enim Labeo et Trebatius esse ex vendito hoc nomine actionem. idem et si in aegri servi curationem impensum est ante traditionem aut si quid in discipli-

nas, quas verisimile erat etiam emptorem velle impendi. hoc amplius Labeo ait et si quid in funus mortui servi impensum sit, ex vendito consequi oportere, si modo sine culpa venditoris mortem obierit. »

Con l'azione *ex vendito* si possono domandare anche le spese fatte intorno alla cosa venduta, per esempio quelle che sono occorse per fare le riparazioni necessarie a gli edifici che formano oggetto della vendita.

Qui si allude alle spese necessarie, a quelle cioè che il venditore non solo ha il diritto di ripetere, ma anche il dovere di anticipare. Ma non sono queste le sole spese di cui il compratore può essere obbligato a eseguire il rimborso. Vi sono comprese altresì le somme impiegate a curare lo schiavo venduto di una malattia sofferta nel tempo fra la conchiusione del contratto e la tradizione: e quelle che sono servite per fargli apprendere un mestiere che verosimilmente anche il compratore gli avrebbe insegnato. Infine — aggiunge Labeone — vi sono comprese anche le spese funebri, quando lo schiavo sia morto senza colpa del venditore: perchè questi non era obbligato a seppellirlo.

§ XXXIV.

IV. — Obbligo di ritirare la cosa comprata. Il compratore deve farlo col minimo incomodo possibile del venditore. Un'applicazione evidentissima del principio è fatta da Pomponio nel fr. 9 eod. tit. (POMPONIUS *libro vicesimo ad Sabinum*):

« Si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat. »

Il giureconsulto suppone che si vendano delle pietre ammucchiate — supponiamo — in una zona di suolo edificatorio, le quali ingombrano e impediscono che si costruisca. Il compratore ha l'obbligo di levarle di mezzo nel più breve termine: e ove non lo faccia tempestivamente, potrà il venditore farle togliere a spese di lui.

Altrove si contempla il caso della vendita di una quantità di vino che trovasi nelle botti del venditore. Il compratore non

si cura di ritirarlo: intanto viene la stagione della vendemmia e il venditore ha bisogno delle botti. Allora egli potrà, dopo averne preavvisato il compratore, sbarazzarsi del vino buttandolo via.

La consegna, ove non vi sia patto speciale, deve farsi di regola nel luogo ove il contratto si è perfezionato, quando si tratti di cose determinate in ispecie. Negli altri casi si rientra nelle norme generali, ossia la consegna si deve chiedere al domicilio del venditore.

§ XXXV.

Fra le obbligazioni del venditore fondamentale è quella di consegnare la cosa.

La dottrina romana della consegna nella compra-vendita è sintetizzata nel fr. 11 § 2 *de act. empti vend.* 19, 1 (ULPIANUS *libro trigesimo secundo ad edictum*):

« Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere; quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum... »

Occorre prima di tutto che il venditore presti la cosa, vale a dire che la consegni. Ora, se la proprietà della cosa apparteneva al venditore, passa al compratore; se invece non gli apparteneva, egli sarà tenuto soltanto per l'evizione, quando però il compratore abbia sborsato il prezzo o abbia in altro modo sodisfatto all'obbligo di pagarlo.

Si rileva chiaramente da questo frammento quello che già notammo in altra occasione (pag. 258 e seg.): che, cioè, in diritto romano il venditore non era tenuto, come oggi, a trasferire la proprietà della cosa venduta, si bene il semplice possesso— ciò che le fonti esprimono con le frasi *venditorem vacuam possessionem tradere, emptorem rem habere licere*, ecc. Se il venditore era proprietario, allora, concorrendo il giusto titolo e la consegna, diventava proprietario il compratore; in caso diverso

questi acquistava il diritto di agire per l'evizione, quando fosse avvenuta, e purchè avesse pagato il prezzo.

Una conferma di tale concetto si ha nel fr. 16 *de condict. causa data causa non sec.* 12, 4 (CELSUS *libro tertio digestorum*):

« Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum DARES: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum DARES.... »

Ti ho dato una somma di danaro affinchè tu mi *trasferisca la proprietà* dello schiavo Stico: un tale contratto sarà, in parte, una compra-vendita, o non vi è altra obbligazione che quella nascente dall'aver data una cosa per riceverne un'altra? Celso risponde di esser proclive a questa seconda soluzione: in altri termini, non vi è compra-vendita perchè questa non si propone altro scopo che quello di assicurare il pacifico godimento della cosa, mentre qui si assume l'obbligo di trasferirne la proprietà: quindi colui che ha dato il danaro può domandare lo schiavo con la *condictio causa data causa non secuta*, non già con l'*actio ex empto*. E per conseguenza, se lo schiavo muore prima di essere stato consegnato, è ammessibile la ripetizione del prezzo, mentre, se vi fosse una compra-vendita, il perimento andrebbe a carico del compratore.

Il principio peraltro non era spinto fino alle estreme sue conseguenze, come si può rilevare dal fr. 80 § 3 *de contrah. empt. etc.* (LABEO *libro quinto posteriorum a* IAVOLENO *epitomatorum*):

« Nemo potest videri eam rem vendidisse de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus. »

Non sorge compra-vendita quando fra le parti si stabilisca, che la proprietà della cosa non passerà al compratore. Un contratto di questo genere è una locazione o un contratto innominato.

§ XXXVI.

Il venditore è obbligato a consegnare la cosa con tutti gli accessori che ne fanno parte — *res cum omni causa*: quindi con tutto ciò che ad essa si è accresciuto, co'i vantaggi ricavatine, ecc. E' una conseguenza diretta della massima, che colui il quale sopporta il rischio di una cosa deve goderne anche i vantaggi.

Ciò va detto in linea di principio generale; ma si avverta, che nei casi pratici è ben più difficile determinare, quando è che l' utilità spetti al compratore, e quando al venditore. Le fonti fanno una opportuna distinzione fra l'utile che viene prodotto direttamente dalla cosa e l'utile che si ricava per mezzo di essa — *lucrum ex re* e *lucrum ex negotiatione*. Il primo si attribuisce sempre al compratore, il secondo rimane al venditore.

Per esempio: il venditore trova nel fondo venduto un tesoro. Una metà spetta a lui come inventore, l'altra metà va al compratore come proprietario. Si tratta qui di un *lucrum ex re*.

Viceversa: Tizio, dopo che ha venduto il fondo a Primus, lo vende una seconda volta a Secundus. Perfezionatasi la seconda vendita, il fondo perisce per caso fortuito, quindi il venditore non è obbligato a consegnarlo a nessuno dei due, mentre può percepire entrambi i prezzi. In questo caso si dice che il secondo prezzo cede a favor suo, perchè è un *lucrum* proveniente dall' attività sua personale, *ex negotiatione*: la cosa non è stata che un mezzo per produrlo.

Quanto all' efficacia intrinseca di questa seconda vendita, essa è innegabile. Le fonti soggiungono, che colui il quale vende successivamente la medesima cosa a due persone si rende colpevole del *crimen extraordinarium* di stellionato. Sono salvi però gli effetti della buona fede. Supponiamo che Tizio abbia venduto il fondo, la prima volta a Sempronio, la seconda volta all'erede o al procuratore di lui, e poscia il fondo stesso sia

perito senza sua colpa: in tal caso egli avrà diritto di domandare l'uno e l'altro prezzo, senza esser tenuto neppure al risarcimento dei danni.

§ XXXVII.

Il venditore risponde della colpa: e non solo di quella commessa nella esecuzione, ma anche nella conchiusione del contratto — quella che gli scrittori moderni chiamano con frase appropriata *culpa in contrahendo.*

Imaginiamo che uno abbia venduto una cosa che sapeva non trovarsi in commercio— per esempio una *res sacra* o una *res religiosa*, e che da questo fatto sia derivato un danno al compratore. Questi avrà diritto al risarcimento del danno ; ed a ciò soltanto si deve intendere riferita la frase *emptio tenet* usata in proposito dai testi, non già al passaggio di proprietà.

Quanto alla colpa nella esecuzione, si concreta per lo più nella mancanza di diligenza nel custodire la cosa. La responsabilità è limitata alla *culpa levis in concreto.*

§ XXXVIII.

La responsabilità più importante del venditore è quella che riguarda i difetti di diritto e di fatto della cosa venduta. Dobbiamo quindi occuparci della teoria della evizione e dei vizi occulti della cosa.

Evizione. La responsabilità per la evizione importa che, quando il diritto del venditore non sia tale da assicurare il pacifico definitivo possesso della cosa al compratore, egli risponde di fronte a questi di tutte le eventuali conseguenze dannose.

Il Bekker ha tentato di formulare in modo preciso il fondamento della teoria della evizione dicendo che, quando la cosa è stata consegnata e poi viene evitta, si considera come se la consegna non fosse avvenuta.

L'imprecisione di questa formola si rileva a colpo d'occhio esaminando il testo da cui il BEKKER crede di poterla ricavare. E' il fr. 3. pr. *de act. empti vend.* POMPONIUS *libro nono ad Sabinum*):

« Ratio [traditio CUIACIUS] possessionis, quae a venditore fieri debeat, talis est, ut, si quis eam possessionem iure avocaverit, tradita possessio non intellegatur. »

La natura — o la tradizione, secondo CUIACIO — del possesso che deve essere trasferito dal venditore è tale, che, se un terzo esercitando un proprio diritto lo faccia cessare, si deve ritenere che il possesso non sia mai passato.

Quindi — deduce il BEKKER — quando il compratore agisce per l'evizione, tale azione mira appunto allo scopo che gli si faccia una tradizione tale da assicurargli il pacifico godimento della cosa. Ma tale affermazione urta con la lettera del passo, perchè in realtà la tradizione vi è stata. L'obbligo di eseguire la consegna è una cosa ben diversa dal diritto di agire per l'evizione.

§ XXXIX.

I Romani solevano aggiungere alle vendite di qualche valore una stipulazione — la così detta *stipulatio duplae*—con la quale il venditore prometteva di pagare il doppio del prezzo ricevuto nel caso di evizione. Tale stipulazione con l'andare del tempo divenne così comune, che si accordò al compratore la facoltà di agire — quando mancasse — per costringere il venditore a farla: e infine, tolto di mezzo anche questo ripiego, si ritenne che il compratore evitto potesse senz'altro intentare l' *actio ex empto* onde ottenere il doppio del prezzo sborsato. Si considerava dunque il pagamento del *duplum* come un *naturale negotii*, come una multa sottintesa.

Di quest'ultimo risultato della evoluzione giuridica ci fa fede Ulpiano nel fr. 31 § 20 *de aedilicio edicto etc.* 21, 1 (ULPIANUS *libro primo ad edictum edilium curulium*):

« Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit etiam

ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire. »

La stipulazione del doppio è tanto usuale, che sembrò giusto concedere al compratore di poter agire *ex empto* anche quando il venditore dello schiavo non vi si sia obbligato. È noto difatti, che nei giudizi di buona fede si deve tener conto di tutte quelle cose che sono state consacrate dal costume e dalla consuetudine.

Nel diritto classico la *stipulatio duplae* era usata soltanto per gli oggetti di gran valore, mentre era estranea alle vendite di poco conto, che perciò in contrapposto erano dette *venditiones simplariae*. Nel diritto posteriore scomparve, e al compratore non rimase altra via che quella di chiedere, oltre la restituzione del prezzo, il risarcimento dei danni.

§ XL.

Perchè si possa agire in base alla evizione sofferta o temuta, è necessario che questa presenti certi requisiti ben determinati.

Prima di tutto occorre, che il venditore abbia già trasferito il possesso della cosa nel compratore; altrimenti si agisce per avere la consegna, non già per l'evizione.

In secondo luogo deve essersi verificata una vera evizione: vale a dire, il possesso deve essere stato tolto al compratore in forza di una sentenza definitiva.

A questo proposito le nostre fonti fanno distinzione fra sentenza giusta e sentenza ingiusta. Fr. 51 pr. *de evict. et duplae stipul.* 21, 2 (ULPIANUS *libro octogesimo ad edictum*):

« Si per imprudentiam iudicis aut errorem emptor rei victus est, negamus auctoris damnum esse debere: aut quid refert, sordibus iudicis an stultitia res perierit? iniuria enim, quae fit emptori, auctorem non debet contingere. »

Quando l'evizione sia seguita per inesperienza o per errore del giudice, il danno non è a carico del venditore: perchè

non vi è differenza fra il perimento per ignoranza del giudice e quello che avviene per stoltezza. Pertanto l' ingiustizia che vien fatta al compratore non deve nuocere al venditore.

Terzo requisito: il compratore non deve essersene rimasto passivo di fronte alla minaccia di evizione, ma deve aver fatto la *denunciatio litis* al venditore, ossia averlo avvertito in tempo dell'azione che veniva intentata, e deve aver fatto ciò in termine utile perchè questi potesse difendere il proprio diritto o dimostrare la carenza di diritto nella parte attrice. La *denunciatio* può farsi utilmente in qualsiasi istante nel corso del giudizio di primo grado; quando è proposta in appello, arriva troppo tardi, malgrado che il DERNBURG e altri reputati scrittori professino l'opinione contraria: poichè non deve essere in potere del compratore far perdere al venditore il beneficio del doppio grado di giurisdizione.

Finalmente, il regresso non è ammessibile se l'evizione non abbia arrecato un danno al compratore. Del resto, è indifferente con quale azione questi sia stato convenuto, se con la publiciana o la pignoratizia o qualunque altra.

Supponiamo, che il compratore sia stato chiamato in giudizio con un'*actio arbitraria*. Nelle *actiones arbitrariae* — come è noto—si faceva una ingiunzione preliminare al convenuto, di pagare. Ora, se il compratore, in sèguito a tale ingiunzione, abbia preferito di pagare la *aestimatio litis* onde restare in possesso della cosa, non sarebbe logico che il venditore si rifiutasse di restare l'evizione allegando, che la cosa non è uscita dal possesso del compratore. Invero egli non la possiede in virtù della compra-vendita o di sentenza, ma per il pagamento eseguito.

Facciamo ora un altro caso, che è contemplato dalle fonti. Primus vende a Secundus una cosa di proprietà di Tertius. Alla morte di Tertius, Secundus ne diventa erede. Potrà egli, conseguita che abbia l'eredità, agire contro Primus per l' evizione? Evidentemente no, perchè manca in tal caso l' *ablatio rei per invicem*. Nessuno può evincere sè stesso: tutt' al più si possono domandare i danni, se ve ne sono stati.

§ XLI.

L'evizione può essere totale o parziale. Se la cosa è indivisibile, o se i contraenti l'abbiano considerata tale in relazione al contratto, la vendita è nulla. Viceversa, se le diverse parti si possono scindere, si fa luogo soltanto a una proporzionale diminuzione di prezzo.

§ XLII.

Un punto della massima importanza, anche per il diritto moderno, è il seguente. Il venditore non fa nel contratto alcuna menzione dei pesi a cui la cosa è soggetta: in sèguito si viene a scoprire che, per esempio, sul fondo gravitano parecchie servitù. Siffatta evizione parziale impegnerà la responsabilità del venditore?

L'opinione comune è che, per diritto romano, il venditore a nulla sia tenuto, quando non abbia espressamente dichiarato che il fondo è libero da ogni servitù, *optimus maximus*. Io credo fermamente il contrario: perchè, quando il venditore era consapevole della esistenza delle servitù, e non ne ha fatto parola, mi pare indubbio che debba rispondere di reticenza dolosa. Vado anzi più in là: ritengo che neppure con un patto espresso il venditore possa escludere la responsabilità che eventualmente gli potrà incombere per l'esistenza di servitù, essendo nullo qualunque patto che tenda ad escludere il dolo. E non è affatto seria l'obiezione contraria, che l'esistenza delle servitù era così abituale da doversi presumere dal compratore.

Quanto al diritto moderno, la tesi da noi sostenuta è accolta, per molteplici considerazioni, soltanto riguardo alle servitù non apparenti.

§ XLIII.

Siccome la responsabilità per l'evizione si fonda sul difetto di diritto dell'*auctor* al momento della vendita, è chiaro che non gli sono imputabili i fatti accidentali posteriori al contratto.

Esempio: fr. 11 *de evict. et duplae stipul.* (PAULUS *libro sexto responsorum*):

« Lucius Titius praedia in Germania trans Renum emit et partem pretii intulit: cum in residuam quantitatem heres emptoris conveniretur, quaestionem rettulit dicens has possessiones ex praecepto principali partim distractas, partim veteranis in praemia adsignatas: quaero, an huius rei periculum ad venditorem pertinere possit. Paulus respondit futuros casus evictionis post contractam emptionem ad venditorem non pertinere et ideo secundum ea quae proponuntur pretium praediorum peti posse. »

Lucio Tizio comperò certi fondi in Germania al di là del Reno, e pagò una porzione del prezzo. L'erede di lui, convenuto per il pagamento del residuo, eccepì che in forza di un decreto imperiale quei fondi in parte erano stati venduti, in parte assegnati in premio ai veterani. Si domanda, se qui il pericolo vada a carico del venditore. Paolo rispose, che i casi di evizione posteriori alla vendita non pregiudicano il venditore, e perciò, secondo i termini della questione proposta, egli può a buon diritto domandare il prezzo.

In questo caso l'*ablatio* è conseguenza non già di un difetto di diritto del venditore, ma di un *factum principis* sopravvenuto al contratto: e quindi il venditore non ne è responsabile.

§ XLIV.

Vizi occulti della cosa. Nel diritto antico il venditore era tenuto soltanto a prestare i *dicta et promissa*: e perchè sorgesse l'obbligo intorno a questi non bastava che nello stipulare il contratto si fossero indicate incidentalmente le qualità della

cosa; occorreva inoltre una promessa formale e veramente seria. Le arti usate dal venditore nel vantare i pregi della cosa, per indurre l'altra parte a comperarla, erano mezzi leciti e non producevano alcuna responsabilità. Si vuole anzi da alcuni, che responsabilità non sorgesse neppure in caso di dolo: quando cioè il venditore conoscesse i vizi occulti della cosa e non li avesse palesati.

L'editto degli edili corresse queste norme poco eque del diritto civile, dichiarando che il venditore deve rispondere dei vizi occulti di qualunque natura, quando siano tali da rendere la cosa o inservibile all'uso per cui fu venduta o non vendibile. Da prima la regola si applicò ai soli schiavi, indi venne estesa a qualsiasi altra cosa. Perchè il venditore fosse tenuto non occorreva che avesse fatto promessa o fosse colpevole di dolo; era sufficiente che si scoprisse un vero e proprio vizio occulto. Che se il difetto era visibile, e era nascosto ma il compratore ne era informato, tutte le conseguenze dannose venivano sopportate da lui.

L'editto accordò al compratore due mezzi onde garantirsi dai danni dei vizi occulti: l'*actio redhibitoria*, che era diretta alla risoluzione del contratto e si prescriveva in sei mesi, e l'*actio quanti minoris,* che tendeva a una diminuzione di prezzo e si prescriveva in un anno. L'uno e l'altro termine erano utili, decorrevano cioè dal giorno in cui il difetto era stato scoperto.

Proposta la *redhibitoria*, poteva il compratore abbandonarla e seguire la *quanti minoris*; ma non già viceversa. Nel primo caso si spiega, che egli rinunzi al rimedio più radicale della risoluzione del contratto e si contenti di far ridurre il prezzo; nel secondo, il quasi-contratto giudiziale gl'impone di non aggravare ulteriormente la posizione dell'altra parte.

§ XLV.

La compra-vendita vien meno per mutuo dissenso e per lesione enorme.

Il mutuo dissenso è un modo di scioglimento comune a tutti i contratti. Ogni accordo si può risolvere con lo stesso mezzo impiegato a conchiuderlo: *unumquidque dissolvitur eo modo quo colligatum est.*

Nella compra-vendita il mutuo dissenso ha questo potere allora solo che al contratto non sia stata data ancora esecuzione — *res adhuc integra sit.* Eseguito che sia, perde qualunque efficacia, perchè è un semplice patto, e in base al patto in diritto romano non si poteva proporre azione.

§ XLVI.

La lesione enorme si verificava quando il venditore non aveva ricevuto nemmeno la metà del giusto prezzo della cosa. Il codice giustinianeo farebbe credere che rimontasse ai tempi di Diocleziano, perchè se ne fa cenno in una costituzione di questo imperatore dell'anno 285 (c. 2 *de rescindenda venditione* 4, 44); ma da studi recenti è stato dimostrato, che essa fu introdotta sotto Giustiniano.

In base alla lesione enorme il venditore poteva domandare la rescissione del contratto; ma il compratore poteva evitarla, pagando la differenza fra il prezzo sborsato e il giusto prezzo. Si osservi, che qui non si tratta di un diritto alternativo del venditore, si bene di una facoltà alternativa del compratore. Quegli non aveva altro diritto che di agire per la rescissione; questi poteva liberarsi pagando il supplemento del prezzo.

Dal diritto romano il legislatore moderno ha derivato i principi, che la rescissione a causa di lesione può essere domandata dal solo venditore, non mai dal compratore, e che essa può aver luogo soltanto nelle vendite di beni immobili (cod. civ. art. 1536 e 1529).

La rescissione non è più proponibile, quando la cosa venduta sia perita.

FINE

INDICE DELLE FONTI

(I passi preceduti dall'asterisco sono citati solamente).

Corpus Iuris

A) Istituzioni

B) Digesto

39

C) Codice

Istituzioni di Gaio

Fonti diverse

INDICE E SOMMARIO

DEI PARAGRAFI

ERRATA-CORRIGE

pagina	linea		
5	7-9	*b*) contratti *non formali*; *c*) contratti *reali*; *d*) contratti *consensuali*.	*b*) contratti *non formali*, che comprendono i contratti *reali* e quelli *consensuali*.
14	19	88 17	88 § 17
17	23	forma	forma:
20	19	egli non sarà	non sarà
30	21	e scritto	è scritto
31	1	ritenere. in	ritenere, in
»	4	e nulla	è nulla
32	33	eon	con
54	32	trannscripticiis	transscripticiis
93	10-11	il deposito, la locazione, il pegnò irregolare.	il deposito la locazione il pegno irregolare.
98	19	Wangerow	Vangerow
108	4	*pignoraticia*	*pigneraticia*
120	31	Il punto su	Il punto su cui
136	11	è il tasso	il tasso
145	6	dal *pactum*	del *pactum*
241	1	6 *depositi*	*depositi*